Die Rechtsverhältnisse
zwischen der offenen Handelsgesellschaft und dem einzelnen Gesellschafter.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Wilhelm Markull,
Referendar.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Danzig 1901.
Druck von A. W. Kafemann.

Dem Andenken

meines lieben Grossvaters

des Superintendenten

Gustav Markull.

Inhaltsübersicht.

Einleitung: § 1: Das Thema.
§ 2: Das gesetzliche Material.

Kapitel I: Der juristische Charakter der offenen Handelsgesellschaft.
§ 1: Die verschiedenen Theorien. Insbesondere Laband.
§ 2: Sozietät und Korporation nach römischem Recht.
§ 3: Sozietätsprinzip und Korporationsprinzip.
§ 4: Die offene Handelsgesellschaft eine Vereinigung zur gesamten Hand.

Kapitel II: Die Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter im allgemeinen.
§ 1: Das Wesen des Gegensatzes zwischen Gesellschaft und Gesellschafter.
§ 2: Die beiden Gruppen von Rechtsverhältnissen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter.
§ 3: Die Bestimmung der Parteirollen.
§ 4: Die Vertretung der Gesellschaft.
§ 5: Die Haftung gegenüber dem Einzelnen.

Kapitel III: Die auf dem Vertrage beruhenden Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter im besonderen
§ 1: Der Beitrag.
§ 2: Der Anteil am Gewinn und der Anspruch auf die Auseinandersetzungssumme.
§ 3: Die Ansprüche aus der Geschäftsführung und der Diligenz.
§ 4: Die Abtretbarkeit der gesellschaftlichen Ansprüche des Einzelnen.

Kapitel IV: Die Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter.
§ 1: Die Entstehung.
§ 2: Die Endigung bei partieller Auflösung der Gesellschaft.
§ 3: Die Endigung bei totaler Auflösung der Gesellschaft.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0173

Litteratur.

Es wurden benutzt:

Systematische Darstellungen:

Gierke, das deutsche Genossenschaftsrecht Bd. 2: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs, insbesondere § 36 daselbst.

Derselbe, die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, insbesondere Kapitel III daselbst.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, insbesondere § 50 daselbst.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. 1 Abt 1.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, IV. Aufl.

Derselbe, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2 Abt. 2 (cit. Cosack, B. G.-B.).

Gareis, das deutsche Handelsrecht.

Lastig, die offene Handelsgesellschaft, in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-Rechts u. s. w. Bd. 1.

Thöl, das Handelsrecht, V. Aufl. Bd. 1.

Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, Zeitschrift f. d. ges. Handelsr. Bd. 30 p. 469 ff Bd. 31 p. 1 ff.

Adler, Zur Entwickelungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts.

Renaud, das Recht der Kommanditgesellschaften.

Hergenhahn-Tuchatsch, die offene Handelsgesellschaft.

Kommentare:

Zum Handelsgesetzbuch:

Staub, V. Aufl. 1897, VI. u. VII. Aufl. Bd. 1, 1900.

v. Hahn, III. Aufl. Bd. 1.

Makower, X. Aufl.

Puchelt, III. Aufl.

Anschütz und v. Völderndorff, Bd. 2 (cit. A. u. V.).

Gareis und Fuchsberger (cit. G. u. F.).

Lehmann und Ring, I. Teil, bearbeitet von Lehmann.

Zum bürgerlichen Gesetzbuch:

Plank, I. u. II. Aufl.

Neumann, I. Aufl. Bd. 1.

Die sonst etwa vorübergehend benutzten Werke sind an den einschlägigen Stellen genannt

Materialien:

Die Nürnberger Protokolle (cit. „Prot." und nach der Seitenzahl).

Die Denkschrift zum neuen Handelsgesetzbuch (cit. nach der Seitenzahl in der Ausgabe von Karl Heymann, Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst dem Entwurf eines Einführungsgesetzes und einer Denkschrift, Reichstagsvorlage, 1897).

Rechtsprechung:

Des Reichsoberhandelsgerichts (cit. ROHG.).

Des Reichsgerichts (cit. RG.).

Die §§ des Handelsgesetzbuchs sind ohne weiteren Zusatz citiert.

Einleitung.

§ 1. Das Thema.

I. Der Trieb zur Vergesellschaftung gehört zum Wesen des Menschen als nothwendiges Korrelat seiner Individualnatur. Überall, wohin wir auch blicken über das weite Feld menschlicher Thätigkeit, regt der Mensch im Bunde mit seinesgleichen Hände und Geist, sehen wir den Einzelnen unvermeidlich verflochten in mehr oder minder zahlreiche Kreise seiner Mitmenschen. Und überall zeigt sich uns, den Steinen eines Gewölbes vergleichbar, die wechselseitig einander stützen und von einander gestützt werden, ein Widerspiel neben- und gegeneinander laufender Strebungen hier des Einzelnen, dort der Gesamtheit, beherrscht von dem einfachen und doch so tiefen Prinzip: Einer für Alle, und Alle für Einen.

II. Juristisch gewendet und in Beziehung auf eine ganz spezielle Form menschlichen Zusammenwirkens soll das damit gegebene soziologische Problem im folgenden erörtert werden. Die Vorteile und die Pflichten, welche der Einzelne mit dem Eintritt in eine Verbindung mit Anderen erlangt und übernimmt, sind nicht leicht irgendwo so einfach, grossenteils ja sogar zahlenmässig mit einander zu vergleichen als bei den Assoziationsformen, welche dem Handel ihren Ursprung verdanken, und unter diesen ist wieder die offene Handelsgesellschaft von so typischer Art, dass man sie wohl „die Handelsgesellschaft schlechthin“[1]) oder „die eigentliche Handelsgesellschaft“[2]) genannt hat. Es liegt im Sinne des bisher Gesagten, wenn der folgenden Untersuchung nicht das Ziel gesteckt ist, die offene

[1]) v. Hahn § 1 zu Art. 85.

[2]) Thöl p. 309.

Handelsgesellschaft in der Gesamtheit ihrer Rechtsbeziehungen nach innen und nach aussen zu behandeln und bei so umfassender Betrachtung etwa das leitende Prinzip des ganzen Instituts herauszufinden. Sie wendet sich vielmehr lediglich den inneren Rechtsverhältnissen der offenen Gesellschaft zu, und auch auf dem so beschränkten Gebiete noch grenzt sie ihr Arbeitsfeld nach einem bestimmten Gesichtspunkte ab. Dieser Gesichtspunkt wird durch den Gegensatz zwischen der Gesellschaft einer- und dem einzelnen Gesellschafter andererseits bezeichnet. Eine Betrachtung der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Einzelnen und der Gesamtheit, der er angehört, gewährt gerade bei der offenen Handelsgesellschaft ein besonderes Interesse, weil die juristische Eigenart eben dieser Gesamtheit so ausserordentlich bestritten und Anlass zu so widersprechenden Meinungen gewesen ist. Um daher das Wesen jenes Gegensatzes charakterisieren zu können, ist ein vorheriges Eingehen auf die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft selbst unerlässlich. Erst wenn wir in diesem Punkte zu einem festen Ergebnis gelangt sind, wird es uns möglich sein, das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter in seinem Wesen und in seinen einzelnen Beziehungen näher zu bestimmen.

§. 2. Das gesetzliche Material.

Bevor wir jedoch dem so entworfenen Plane gemäss an die Kennzeichnung der juristischen Eigenart des uns beschäftigenden Rechtsinstituts herangehen, zunächst ein paar Worte über das der ganzen Betrachtung zu grunde liegende gesetzliche Material.

I. Bei Niederschrift dieser Einleitung bestand noch das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch aus den 50er Jahren in Kraft, um erst einige Monate später der Herrschaft des neuen Handelsgesetzbuchs von 1897 zu weichen. Die bei solcher Sachlage sich erhebende Frage, ob die Darstellung auf dem Grunde noch des alten oder schon des neuen Rechtes aufzubauen, und in jenem Falle

das künftige, in diesem das bisherige Recht etwa nur ergänzungsweise heranzuziehen sei, hat der Verfasser zu Gunsten des neuen Rechts, dem ja doch die Zukunft gehört, entscheiden zu müssen geglaubt. Fast die ganze Litteratur freilich, die wir hier zu berücksichtigen haben, ist auf dem Boden des alten Handelsgesetzbuchs erwachsen. Sie wird jedoch zum weitaus grössten Teil auch auf das neue Gesetzbuch bezogen werden können, da dieses die Bestimmungen des bisherigen Rechts nur in wenigen und jedenfalls das Wesen des Instituts als solchen in keiner Weise beeinflussenden Beziehungen geändert hat.

II. Was sodann dieses neue Recht selber angeht, so tritt gerade in dem Punkte der offenen Handelsgesellschaft ein völliger Umschwung ein in dem Verhältnis des Handelsrechts zum bürgerlichen Recht. Während nämlich bisher beide Rechtsgebiete scharf gegeneinander abgegrenzt und von zum Teil grundsätzlich verschiedenen Anschauungen beherrscht waren, bilden vom 1. Januar 1900 ab die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs, welche vielfach denen des bisherigen Handelsgesetzbuchs nachgebildet sind, die allgemeine Grundlage, auf welcher sich die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs nur als Ausnahmen erheben. Das gilt wie im allgemeinen, so insbesondere für das Gesellschaftsrecht, innerhalb dessen die bürgerliche Gesellschaft fortan die Grundform und die oHg. nur eine Abart derselben darstellt. Dies bringt § 105 Abs. 2 zum Ausdruck, wenn es darin heisst:

> „Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein Anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des B. G. B. über die Gesellschaft Anwendung."

Die Bedeutung dieser Neuerung ist indessen vorzugsweise formaler Natur insofern, als der juristische Charakter der oHg. zwar materiell, wie gesagt, keine Veränderung erfahren, in formell-dogmatischer Beziehung dagegen, wie weiter unten noch zu bemerken sein wird, durch jene

Bezugnahme auf das bürgerliche Recht seine authentische Deklaration erhalten hat.

III. Eine weitere Bemerkung über das uns beschäftigende Gesetz ergiebt sich aus der oben angegebenen Begrenzung des Themas. Wir werden bei Erörterung desselben, da es sich, wie gesagt, dabei um innere Rechtsverhältnisse der oHg. handelt, vorzugsweise von den Bestimmungen des zweiten Titels des von jener handelnden Abschnitts auszugehen haben. Dieselben finden, wie der § 109 erklärt; „nur insoweit Anwendung, als nicht durch den Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt ist", sie sind also, bis auf eine Ausnahme (§ 118 Abs. 2), rein dispositives Recht gegenüber dem Gesellschaftsvertrage. Da indes der bedachtsame Kaufmann eine so wichtige Vereinbarung, wie sie der Gesellschaftsvertrag darstellt, möglichst genau im Einzelnen und präzis in der Wortfassung formulieren wird, so werden sie als solches nur selten zur Anwendung kommen. Die grössere Bedeutung jener Artikel liegt vielmehr auf dogmatischem Gebiete, und zwar darin, dass sie, die doch immerhin erst aus der kaufmännischen Praxis abstrahiert sind und sich infolge dessen auch mit den Anschauungen des Handelsstandes im Grossen und Ganzen decken, unter Hervorhebung der wesentlichsten Konturen uns ein typisches Bild des in Wirklichkeit je nach den Umständen noch unendlich modifizierten Verhältnisses geben und dadurch einer wissenschaftlichen Behandlung des Stoffes erst das feste Fundament schaffen, von dem aus der Aufbau dann im Einzelnen vorgenommen werden kann.

Kapitel I.

Der juristische Charakter der offenen Handelsgesellschaft.

§ 1. Die verschiedenen Theorien. Insbesondere Laband.

I. Der juristische Charakter der offenen Handelsgesellschaft ist ausserordentlich streitig. Von der reinen juristischen Persönlichkeit über die relative juristische Persönlichkeit und die Gesamthand bis zur reinen Sozietät und schliesslich blossen Haftungsart ist ein weiter Weg, aber mit Staunen findet, wer ihn durchmisst, auf jeder der verschiedenen Stationen die offenen Handelsgesellschaften an, wohl verteidigt von den geachtetsten Kämpfern als nur hier und nur da am rechten Platze. Anschütz und Völderndorff, Eccius und Salkowski[1]) erblicken in ihr, Eccius freilich sehr einseitig vom prozessualen Standpunkt aus, die andern dagegen nach ganz allgemeiner Betrachtung, eine reine juristische Person. Es schliessen sich als Verfechter der Theorie von der relativen juristischen Persönlichkeit Dahn[2]) und Gareis an, denen weiterhin als Gesamthänder Gierke, Behrend und Cosack folgen. Auch der Sozietätscharakter der offenen Gesellschaft wird von mehreren Autoren, z. B. Dernburg[3]) und Behrens[4]), vertreten, und zuletzt unterwirft Laband sie einem Zersetzungs-

---

[1]) Eccius, Die Stellung der oHg. als Prozesspartei. Zeitschrift f. d. ges. Handelsr. Bd. 32 p. 1 ff. Salkowski, Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen, Leipzig 1863.

[2]) Handelsrechtliche Vorträge p. 67 ff.

[3]) Dernburg, Preuss. Privatr. Bd. 2 V. Aufl.

[4]) Behrens, die juristische Konstruktion der deutschen Handelsgesellschaften, Kiel. 1879.

prozesse, an dessen Ende sie nur noch als blosse Haftungsart erscheint. Eine Erörterung dieser so verschiedenen Theorieen hat nun allerdings insofern nur noch historischen Wert, als nach der oben erwähnten Unterordnung der oHg. unter die Gesellschaftsform des bürgerlichen Rechts die rechtliche Natur derselben bereits vom Gesetze selbst authentisch deklariert worden ist. Sie ist jedoch unentbehrlich, wenn es sich darum handelt, die Eigenart eben dieser gesetzlichen Prägung klarzustellen, und muss auch hier stattfinden, weil das letztere grade unsere erste Aufgabe ist.

II. Um zunächst die letzterwähnte Anschauung, die uns übrigens ähnlich auch bei anderen Autoren begegnet[1]), vorweg zu erledigen, sei festgestellt, dass ihr mit der Definition, welche das neue Handelsgesetzbuch von der oHg. giebt, der Boden entzogen wird[2]). Wenn es in § 105 heisst:

„Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn u. s. w."

— so ist damit gesagt, dass die oHg. auch wirklich eine Gesellschaft im Sinne des bürgerlichen Rechts sein und als solche auf einem Vertrage beruhen muss. Für eine Auffassung, welcher „die oHg. im Sinne des Handelsgesetzbuchs als die gesetzliche Folge eines gewissen Auftretens nach aussen und gänzlich unabhängig von einem obligatorischen Vertrage unter den Parteien[3])" erscheint, ist danach im neuen Rechte kein Raum mehr. Sie war aber auch bisher nur möglich auf Grund einer ganz formalistischen, am Buchstaben haftenden Auslegung des Art. 85: eine Handelsgesellschaft, die doch keine Gesellschaft ist, d. h. nicht auf Vertrag beruht, ist immer ein Unding.

1) z. B. Staub V. Aufl. § 6g zu Art. 85.
2) Denkschrift p. 126.
3) Laband a. a. O. Bd. 30 p. 521,2.

§ 2. Sozietät und Korporation nach römischem Recht.

I. Eine ausführlichere und einheitliche Betrachtung erfordern nun aber diejenigen Lehrmeinungen, welche die oHg. als Sozietät, Korporation oder relative juristische Person ansprechen. Sozietät und Korporation sind zunächst die Assoziationsformen des römischen Rechts. Und zwar besteht das Wesen der letzteren darin, dass die Gesamtheit der in ihr verbundenen Einzelpersonen eine Einheit, ein besonderes Rechtssubjekt bildet, das nach aussen, dritten gegenüber, ebenso selbständig auftritt, wie nach innen, gegenüber den einzelnen Mitgliedern, während im Gegensatze dazu es bei der Sozietät zu einer solchen Personifikation der Vereinigung selbst nicht kommt, vielmehr die Thatsache ihres Zusammenschlusses das Verhältnis der Mitglieder jedenfalls zu dritten in keiner Weise beeinflusst und ihre Beziehungen untereinander lediglich dem Obligationenrechte unterstellt. Das ergeben die Digestentitel Quod cujusque 3, 4 und Pro socio 17,2. Die Ausdrücke societatem coire, contrahere, distrahere, renuntiare, societati partes adiicere lassen keine andere Deutung des Wortes societas zu als die des Vertrages, Vertragsverhältnisses, während andererseits die mehrfache Gegenüberstellung von universitas und singuli neben Wendungen, wie universitatem defendere, universitas debet, universitati debetur die Personifikation der universitas, der Korporation als solcher, nach innen nicht minder wie nach aussen erweist. Und wenn hier gesagt wird: morte socii solvitur societas[1]) und dort: in universitatibus nihil refert utrum omnes idem maneant[2]), wenn es bezüglich des gemeinschaftlichen Vermögens hier heisst: partes aequas esse constat[3]) und dort: universitatis sunt non singulorum communia[4]) — so vervollständigt sich da-

1) fr. 59 pr. Pro socio 17,2.
2) fr. 7 § 2 Quod cuiusque 3, 4.
3) fr. 29 pr. Pro socio 17,2.
4) fr. 6 § 1 De div. rer. et qual. 1,8.

mit das Bild der Sozietät als Rechtsverhältnis einer- und der Korporation als Rechtssubjekt andererseits durchaus folgerichtig. Es fragt sich nun, ob wir im Stande sein werden, die oHg. unter eine dieser beiden Kategorien zu subsumieren.

II. Was wir zur Wesensbestimmung der oHg. zunächst bemerken können, ist dieses, dass sie zu den Handelsgesellschaften im Sinne des Handelsgesetzbuchs gehört[1]). So trivial diese Feststellung auf den ersten Blick erscheint, so enthält sie doch den Angelpunkt der ganzen nachfolgenden Erörterung. Denn das Wesen der Handelsgesellschaften besteht darin, dass sie auf Vertrag beruhende Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma sind. Diese Definition enthält einmal ein rein wirtschaftliches Element, indem sich aus der egoistischen Natur des Handels mit Notwendigkeit ergiebt, dass eine Vereinigung zum Betriebe eines Handelsgewerbes niemals Selbstzweck sein, sondern am letzten Ende immer nur das wirtschaftliche Interesse der in ihr verbundenen Einzelnen zum Zwecke haben kann. Ein zweites, wichtigeres Moment jener Definition liegt dann aber in dem Auftreten der Handelsgesellschaften unter einer selbstständigen Firma. Die Wahrnehmung wirtschaftlicher Interessen erfolgt auf dem Wege des Vertrages nach den Regeln des Obligationenrechts Statuiert nun ein solcher Vertrag gemeinsame, in ihrer Bethätigung sich nach aussen richtende Interessen Mehrerer, so wird er, obwohl an sich ein reines Internum zwischen den Kontrahenten, wenn es zu seiner Ausführung kommt, bald auch auf unbeteiligte Dritte Einfluss üben. Da reichen die Rechtsregeln von der Vertretung und der ungerechtfertigten Bereicherung einer- und von der aktiven oder passiven Beteiligung Mehrerer

[1]) Hierher gehören nicht blos die im Hgb. selbst behandelten Gesellschaftsformen, sondern auch die ausserhalb desselben stehende Gesellschaft mit beschränkter Haftung. § 13 Abs. 3 Ges. vom 20. 4. 1892.

an derselben Obligation andererseits für den Einzelfall wohl aus, doch wird sich bei längerer Dauer der Vereinigung ihre Anwendung vielfach sehr komplizieren, unter Umständen aber sogar das direkte Bedürfnis herausstellen, die Sozien für den Verkehr mit ausserhalb stehenden Dritten zu einer geschlossenen Einheit zusammenzufassen. So ergeben sich aus der Natur der Sache zwei Seiten des Assoziationsverhaltnisses: eine innere, welche für die Beziehungen der Sozien unter einander, eventuell, wo ein solcher Gegensatz vorhanden, auch der Sozien zu dem Ganzen der Vereinigung, massgebend ist, und eine äussere, welche für den Verkehr der Vereinigung mit Dritten in Betracht kommt. Es ist nun die Eigenart des modernen Handelsgesellschaftsrechts, dass es diese beiden Seiten der Assoziation gleichmässig berücksichtigt und so jeden der ihm unterstellten Vereine in der Totalität seiner rechtlichen Beziehungen, nach innen wie nach aussen, ergreift. Bezeichnend hierfür ist die Gegenüberstellung der Handelsgesellschaften einer- und der stillen Gesellschaft andererseits in der Überschrift des zweiten Buchs des Handelsgesetzbuchs. Verhältnisse rein interner, obligationenrechtlicher Natur gehören nicht in das spezielle Handelsassoziationsrecht. Denn wenn hier auch im allgemein-philosophischen Verstande eine Vereinigung vorliegt, — der Eine betreibt ein Handelsgewerbe, und der andere unterstützt ihn darin gegen Gewinnbeteiligung durch einen Vermögenszuschuss, sodass beide gemeinsam auf das gleiche Ziel eigener Bereicherung hinarbeiten — so tritt doch die Thatsache dieser Vereinigung nach aussen hin in keiner Weise hervor. Grade aber die Wirksamkeit eines vertraglichen Zusammenschlusses Mehrerer auch gegen Dritte, wie sie in der Verkehrsfähigkeit der gemeinschaftlichen Firma zu Tage tritt, unterstellt ihre Vereinigung dem besonderen Assoziationsrechte.

III. Dass das rein obligatorische Rechtsverhältnis der Sozietät auf dem also umgrenzten Rechtsgebiete keine Stätte

findet, ist hiernach ohne Weiteres klar. Aber auch die reine Korporation ist auf dem Boden des Handelsassoziationsrechts unmöglich. Sie ist dem Muster des römischen Staats nachgebildet [1]) und, entsprechend dem Charakter des Staats und der öffentlich — rechtlichen Körperschaften überhaupt, Selbstzweck. Das bringt für die vermögensrechtliche Seite der Satz: universitatis sunt non singulorum communia folgerichtig zum Ausdruck, allein grade er verweist die Korporation aus unserm Rechtsgebiete. Nicht, dass damit die Korporation aus dem Bereiche des Privatrechts überhaupt ausschiede: die sogenannten Idealvereine, also Vereine mit geselligen, künstlerischen, wissenschaftlichen, kurz, nicht wirtschaftlichen Zwecken, welche nicht sowohl um des besonderen Vorteils der Einzelnen als um des höheren Zweckes willen, dem sie dienen, ins Leben gerufen werden, sie bezeichnen die Fälle, in denen auch heute noch die altrömische Form der Korporation verwendbar erscheint und vom B.G.-B. auch thatsächlich verwandt worden ist. Die Vereine dagegen mit wirtschaftlichen Absichten, auf die es uns hier ankommt, haben, wie schon oben hervorgehoben wurde, immer das wirtschaftliche Interesse ihrer Mitglieder im Auge, und jede derartige vermögensrechtliche Beteiligung des Einzelinteresses widerspricht dem Wesen der Korporation, wie es in dem eben zitierten Satze zum Ausdruck kommt [2]). So stehen die beiden Assoziationsformen des römischen Rechts hüben und drüben jenseits der Grenze, welche wir für das Gebiet des Handelsgesellschaftsrechtes [3]) gezogen haben. Die Sozietät gehört dem Obli-

[1]) Ad exemplum rei publicae fr. 1 § 2 Quod cuisque 3, 4.

[2]) Mit diesem strengen Massstabe des reinen romischen Rechts gemessen würde daher z. B. auch die moderne Aktiengesellschaft bei der Gewinnberechtigung und dem Rechte der Mitglieder auf das bei der Auflösung verbleibende Vermögen nicht als Korporation anzusehen sein. Vergl. indessen unten Anm. 1 auf Seite 14.

[3]) Es rechtfertigt sich aus dem Gegenstande dieser Abhandlung, wenn im Texte nur des speziellen Handelsgesellschaftsrechtes Erwähnung gethan wird. Dass im übrigen, was dort von den Handelsgesellschaften

gationen-, die Korporation dem Personenrechte an — mitten aber zwischen beiden, die Brücke herstellend von einem zum andern, liegt das Recht der modernen Handelsassoziation. Das römische Recht war bei seiner Tendenz zur Isolierung und Verselbständigung des Individuums allen Gemeinschafts- und Gesellschaftsverhältnissen wenig günstig, und so hat es das Problem menschlicher Vergesellschaftung nur in jenen beiden extremsten Formen zu lösen vermocht — die Mittelglieder fehlen hier alle.

§ 3. Sozietätsprinzip und Korporationsprinzip.

Können wir aber auch mit den von ihm geschaffenen Formen selbst auf dem Gebiete des Handelsassoziationsrechtes nicht operieren, so müssen wir doch die in beiden zu Tage tretenden Prinzipien hier festester, dort losester Zusammenfassung einer Personenmehrheit als Grundprinzipien der Assoziation überhaupt anerkennen. Der Gegensatz ist diametral: hier bleibt die Obligation das einzige Bindemittel zwischen den Beteiligten, bleibt die Vielheit selbstständiger Individuen auch eben als solche bestehen — dort schliesst sich um die Mehreren der Ring, welcher aus ihrer Vielheit als neues selbständiges Rechtssubjekt eine Einheit entstehen lässt, welche die Individualität der Einzelnen vollkommen in sich aufsaugt. Es fragt sich nun weiter, ob wir mit diesen beiden Prinzipien bei der Charakterisierung der einzelnen Gesellschaftsformen auskommen, ob Sozietät- und Korporationsprinzip die einzigen hier verwendbaren Prägungen darstellen, oder ob sich auf dem fraglichen Gebiete nicht die Wirksamkeit noch anderer Grundgedanken erkennen lässt.

I. Für die Beantwortung dieser Frage haben wir die verschiedenen Erscheinungsformen der Assoziation

gesagt ist, auch für die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und für die ganze Reihe der Genossenschaften überhaupt (cf. Eg. B. G.-B. Art. 164) gilt, bedarf keiner besonderen Hervorhebung. Eine ausführliche Erörterung auch nach dieser Richtung hin musste aber grade in diesem Zusammenhange vermieden werden, weil sie mitten in den Streit um die „Genossenschaftstheorie" hineingeführt hätte.

überhaupt in drei Klassen zu scheiden. Zur ersten gehören diejenigen Vereinigungen, welche unter der ausschliesslichen Herrschaft je eines jener beiden Prinzipien stehen, sich also gewissermassen im Innern wie in der Fassade stilrein nach demselben architektonischen Prinzip aufbauen. Das bedeutet nichts Anderes als entweder die reine Sozietät oder die reine Korporation des römischen Rechts, diese Kategorie scheidet also nach dem oben Gesagten von der Betrachtung aus. Die zweite umfasst die Fälle in welchen Sozietätsprinzip oder Korporationsprinzip in reinlicher Scheidung je die Innen- oder die Aussenseite einer Vereinigung beherrschen, in welchen also, wenn auch nicht die Vereinigung als Ganzes, so doch je eine ihrer beiden Seiten einheitlich oder wenigstens überwiegend nach dem einen oder andern Prinzip konstruiert ist. Als Beispiel dafür, dass das corpus habere, die Personifikation der Vereinigung als solcher, schon im späteren römischen Recht lediglich das Gewand sein kann, in welchem eine im Inneren sozietätsrechtlich geordnete Verbindung Mehrerer mit der Aussenwelt in Verkehr tritt, sei die societas publicanorum genannt[1]), und für das Gegenteil, ein Nebeneinander von Sozietäts- und Korporationsprinzip in der Weise, dass jenes nach aussen hin eine Personifizierung der Vereinigung ausschliesst, dieses dagegen mit Rücksicht etwa auf die besonderen dauernden Zwecke des Vereins den letzteren wenigstens seinen Mitgliedern gegenüber verselbständigt, mag der Hinweis auf die „erlaubten Privatgesellschaften" des preussischen allgemeinen Landrechts und die „nicht rechtsfähigen Vereine" des B. G.-B. genügen. In beiden Arten von Fällen hängt die Frage: ist die betr. Vereinigung als Sozietät oder

---

[1]) Auf welche in Pro socio mehrfach exemplifiziert wird, nachdem ihre Korporationsqualität in Quod cuiusque ausdrücklich festgestellt ist: vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, fr 1 pr. Doch ist das Wesen der societas publicanorum bestritten; vergl. die Litteraturübersicht bei Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften Bd. 1. p. 9. A 1.

Korporation — in diesem weiteren Sinne — anzusehen? von der Entscheidung der Vorfrage ab, welche Seite einer Personenverbindung man für die Wesensbestimmung derselben als die massgebende anzusehen habe, die innere oder die äussere. Die Frage kann hier nicht eingehend erörtert, jedoch mag so viel zu ihrer Beantwortung bemerkt werden, dass für den Charakter einer Assoziation jedenfalls ihr Auftreten nach aussen hin ausschlaggebend sein wird. Die societas publicanorum ist juristische Person, mögen auch im Inneren sozietätsrechtliche Verhältnisse vorliegen, und die erlaubte Privatgesellschaft ist Sozietät, mag auch ihre innere Verfassung korporativer Natur sein[2]). Der zu Grunde liegende Gedanke ist der, dass die innere Organisation einer Vereinigung nach dem Belieben der in ihr Verbundenen von Tag zu Tage zu wechseln und schon deshalb den Charakter derselben nicht dauernd zu bestimmen fähig ist, dass hierfür vielmehr allein die Stellung in Betracht kommen kann, welche das objektive Recht dem Verein im Verkehr mit Dritten giebt, und welche im Interesse eben dieser Dritten von dauernd gleichmässigem Bestande sein muss. An der Hand dieses Entscheides ist dann die Frage, ob eine der vorher gekennzeichneten Assoziationsformen als Sozietät oder Korporation anzusprechen ist, leicht zu beantworten. Wo für Dritte nur Gesellschafter, aber keine Gesellschaft vorhanden, wo, was an Berechtigungen und Verpflichtungen für die Gesamtheit erworben und übernommen wird, nach aussen hin doch an dem Namen des Einzelnen haftet, da haben wir eine Sozietät vor uns, gleichviel ob im Innern Sozietätsrecht gilt, oder sich über den Gesellschaftern die Gesellschaft konstituiert und Rechte und Pflichten in eigene Hand genommen hat. Umgekehrt, ist das eigen-persönliche Auftreten des Verbandes nach aussen hin so wuchtig, dass daneben die einzelnen Mitglieder als solche vollkommen verschwinden und an den Rechtsgeschäften, welche der Ver-

[2]) Vergl. auch § 54 B. G.-B.

band eingeht, weder als Berechtigte noch als Verpflichtete irgend welchen direkten Anteil haben, so steht damit die Korporationsqualität der Vereinigung fest, ohne dass es auf die Art und Weise der inneren Organisation weiter noch ankommt[1]).

II. Wie aber, wenn die, nach dem eben getroffenen Entscheide allein massgebende Aussenseite einer Personenvereinigung nicht stilrein, entweder nach Sozietäts- oder nach Korporationsprinzip, aufgeführt ist, sondern die Charakteristika Beider nebeneinander zur Schau trägt? Die oHg. ist hierfür ein klassisches Beispiel. Der dritte Titel des von ihr handelnden Abschnitts trägt die Überschrift: „Verhältnis der Gesellschafter zu Dritten" und erweckt dadurch die Erwartung, eine reine Sozietät vorzufinden. Dann bestimmt aber gleich der § 124:

> „Die oHg. kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden."

Hier haben wir also das eigen-persönliche Auftreten der Korporation: Nicht die einzelnen Gesellschafter als solche erwerben Rechte und Verbindlichkeiten, werden als Eigentümer im Grundbuche eingetragen u. s. w., sondern

---

[1]) In diesem Sinne ist die Aktiengesellschaft zweifellos eine jur. Person; vergl. oben Anm. 2 auf Seite 10. Aber auch die eingetragenen Genossenschaften mit beschränkter und unbeschränkter Haftpflicht gehören hierher, wenn auch ihre Genossen sonst ihnen wie auch unmittelbar ihren Gläubigern haften, §§ 2 und 17 des Genossenschaftsgesetzes. Denn diese Haftpflicht der Einzelnen tritt erst nach Beendigung des Konkursverfahrens über die Genossenschaft ein, — § 116 l. c. — also zu einem Zeitpunkt, wo diese selbst bereits längst aufgelöst ist, § 94 l. c. Gegenüber dem Rechte der sonstigen juristischen Personen ist das allerdings eine Besonderheit, die aber der Genossenschaft den Charakter als juristische Person nicht rauben kann. Denn für die Beantwortung der im Text aufgestellten Frage kommt es lediglich auf die Rechtslage während des Bestehens der betr. Vereinigung an — wie sich die Dinge nach Auflösung derselben entwickeln, kann dafür nicht in Betracht kommen.

die Gesellschaft unter ihrer Firma. Übereinstimmend hiermit spricht der nächste §, 125, von der Vertretung nicht, wie der § 714 B. G.-B. sagt, der „Gesellschafter", sondern der „Gesellschaft" und bestärkt durch diese auffällige Abweichung die Annahme juristischer Persönlichkeit der oHg. Bis es dann im § 128 heisst:

> „Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich."

— und damit der juristische Charakter der oHg., wenn man ihn nur nach Sozietäts- und Korporationsprinzip bestimmen will, völlig problematisch wird. Die gemeinrechtlichen Autoren, welche an die Beantwortung der Frage gegangen sind, haben freilich den so geschürzten Knoten einfach durchhauen, indem sie teils auf die in den §§ 124, 125 wiedergegebenen Bestimmungen, teils auf § 128 sich versteiften, und sonach die oHg. je nachdem für eine juristische Person oder Sozietät erklärten. Es ist aber doch klar, dass das das Institut in ein Prokustesbett zwängen heisst. Die Theorieen, welche die oHg. als relative juristische Persönlichkeit definieren, leiden an demselben Mangel, wenn sie auch vielleicht weniger „einfacher Nonsens[2])" sind als Laband's eigene Theorie von der Gesellschaft, die keine Gesellschaft ist. Wer die oHg. als relative juristische Persönlichkeit anspricht, giebt damit schon äusserlich das Nebeneinander von sozietäts- und korporationsrechtlichen Gedanken in ihrer äusseren Erscheinung zu, aber auch er muss, um die Prägung, die er ihr dann schliesslich giebt, zu rechtfertigen, das Vorherrschen des korporativen Elements nachweisen. Die §§ 124 und 128 stehen indessen völlig gleichberechtigt nebeneinander, und es ist auch noch Keinem gelungen, für den einen oder den andern aus der Reihe der übrigen §§ eine so grosse Gefolgschaft aufzubringen, dass damit das Überwiegen von Sozietätsrecht oder Korporationsrecht überzeugend nach-

[2]) Laband a. a. O. Bd. 30 p. 482.

gewiesen wäre. So läuft die Charakterisierung der oHg. als Sozietät, reine oder relative juristische Person auf blosse Willkür hinaus, oder, anders gewendet: mit Sozietätsprinzip oder Korporationsprinzip ist Niemand im Stande, das Wesen der oHg. erschöpfend zu bestimmen.

§ 4. Die oHg. eine Vereinigung zur gesamten Hand.

I. Es muss ein Drittes geben zwischen Sozietäts- und Korporationsprinzip — das ist das Ergebnis, zu dem uns auch eine Betrachtung der inneren Rechtsverhältnisse der oHg. führt. Im Mittelpunkte stehen hier die eigentümlichen Beziehungen der Sozien zu dem Geschäftsvermögen der Vereinigung. Von selbständiger, vermögensfähiger Persönlichkeit der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern ist keine Rede: „Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände", aus welchen sich das Geschäftsvermögen zusammensetzt, „werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter." § 718 B. G.-B. Diese Gemeinschaftlichkeit des Geschäftsvermögens giebt dem einzelnen Gesellschafter nun aber nicht ein scharf abgegrenztes, frei verfügbares Teilrecht nach Art des in der societas vorhandenen römischen Miteigentums: „er kann nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen", auch ist er „nicht berechtigt, Teilung zu verlangen". § 719 B. G.-B. So ist den Einzelnen ihr Eigentumsrecht zwar nicht von einer überragenden Gesellschaftspersönlichkeit aus der Hand genommen, es ist ihnen aber auch nicht in solcher Freiheit belassen, dass sie es nach Belieben aus dem gesellschaftlichen Zusammenhange lösen oder auch nur durch dessen Abtretung an einen Dritten sich selber von der einmal eingegangenen Verbindung befreien könnten. — Es ist hier nicht der Ort, im Einzelnen auf die höchst interessante Lehre von dem Gesellschaftsvermögen näher einzugehen, wie auch die ganze Frage nach dem juristischen Charakter der oHg. selbst nur in den Umrissen und lediglich

im Hinblick auf die im Folgenden zu behandelnden besonderen Rechtsverhältnisse erörtert werden kann. Erblicken wir das Wesen des Sozietätsprinzips darin, dass es eine Vielheit von Personen, welche sich zu einem bestimmten Zwecke vereinigt haben, auch eben als Vielheit gegeneinander selbständiger Individuen bestehen lässt, ohne eine andere als rein obligatorische Verbundenheit zwischen ihnen walten zu lassen, und fassen wir das Korporationsprinzip als das Prinzip der Einheit, welche aus der festen Zusammenfassung einer Vielheit als ein neues, selbständiges Wesen hervorgeht, so ist es klar, dass die oHg. in jeder Beziehung eine Mittelstellung zwischen beiden einnimmt. Wie die Gesellschaft nach aussen hin zunächst unter ihrer Firma als Einheit auftritt, bis es dann gilt, den von ihr eingegangenen Verbindlichkeiten nachzukommen, und in der Solidarhaftung der Gesellschafter der Vielheitscharakter zum Durchbruch gelangt, so bilden die Gesellschafter unter sich und in Beziehung auf ihr gemeinschaftliches Vermögen eine Vielheit, ohne doch in der Gebundenheit der einzelnen Anteilsrechte die Zusammenfassung zur Einheit ganz verleugnen zu können. Wir sehen, der Vielheitscharakter überwiegt, im Inneren, weil das Recht der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen ein gemeinschaftliches, jedem zu seinem besonderen Teile zustehendes ist, nur dass die Teilrechte gebunden sind, solange die Gesellschaft dauert, — nach aussen, da die Zusammenfassung der Gesellschafter zur Einheit doch an dem Punkte versagt, wo sie sich erst recht eigentlich bewähren sollte, bei der Schuldenhaftung.

II. So stellt sich das Wesen der oHg. als eine organische Verbindung überwiegender sozietätsrechtlicher Gedanken mit korporativen Elementen dar, und damit ist die prinzipielle Prägung des Instituts gegeben: die oHg. ist eine Vereinigung zu gesamter Hand[1]). Diese bereits

[1]) Damit ist allerdings eine Abweichung von der Heusler'schen Lehre gegeben, welche die Bezeichnung der Gesamthand als Übergangsform zwischen Gemeinschaft resp. Sozietät und Korporation aus-

dem bisherigen Recht zu entnehmende Charakteristik ist durch die oben erwähnte Zurückbeziehung der oHg. auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts mit gesetzlicher Autorität bekleidet worden, da das B. G.-B. die römische Gesellschaftslehre bewusst nach dem deutschrechtlichen Prinzip der gesamten Hand umgestaltet hat[1]). Gierkes und Heuslers Verdienst ist es vor Allen, diesem alten deutschen Rechtsgedanken wieder Geltung verschafft zu haben, dieser durch rechtshistorische Nachweisung und dogmatische Einreihung für das ältere deutsche Recht, jener durch rechtsphilosophische Vertiefung zugleich und Nachweisung auch im modernen Rechtsleben. Es handelt sich, um mit Gierke zu reden, bei der gesamten Hand um den Einfluss einer Verbundenheit der Subjekte auf eine unter ihnen bestehende Vermögensgemeinschaft[2]). Der Zusammenschluss der Gesellschafter erfolgt durch Vertrag und hat dann auch nach aussen hin eine Verbundenheit derselben zur Folge, kraft deren sie unter ihrer Firma, wenn auch nicht durchweg, so doch in einer Reihe wichtiger Beziehungen als Einheit auftreten. Gleichzeitig aber reicht die Wirkung des Gesellschaftsvertrages auch nach innen hin über die blos obligatorische, persönliche Verpflichtung der Kontrahenten hinaus, indem sie je einen Teil des Vermögens der Einzelnen mit dinglicher Kraft ergreift, um aus der Summe dieser Einlagen eine neue, ausschliesslich dem Vertragszwecke unterworfene und der Verfügungsgewalt der Inferenten als solcher entzogene Vermögenseinheit hervorgehen zu lassen. Im Einzelnen kann hier auf die Lehre von der gesamten Hand nicht näher eingegangen werden, und auch

drücklich ablehnt. Der Unterschied besteht indessen nicht sowohl in der Auffassung der Gesamthand selbst als in der der Ausgangsbegriffe Gemeinschaft (Sozietät) und Korporation. Er braucht im Übrigen hier nicht näher erörtert zu werden, da er sich aus dem bisher Gesagten mit genügender Deutlichkeit ergiebt.

[1]) Denkschrift zum Entw. eines B. G.-B. Guttentag 1896. p. 87.

[2]) Genossenschaftstheorie p. 343.

im Folgenden wird sie nur in ihren Grundzügen hervortreten, soweit das Thema es verlangt. Nachdem wir unseren Standpunkt in der Auffassung der oHg. positiv gekennzeichnet haben, ist zunächst vielmehr für den Fortgang der Untersuchung wieder die rein negative Feststellung von Wichtigkeit, dass die oHg. juristische Persönlichkeit jedenfalls nicht besitzt.

Kapitel II.

Die Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter im Allgemeinen.

§ 1. Das Wesen des Gegensatzes zwischen Gesellschaft und Gesellschafter.

Wenden wir uns von hier aus unserem eigentlichen Thema, den Rechtsverhältnissen zwischen der Gesellschaft und dem einzelnen Gesellschafter, zu, so stossen wir da sofort auf die Frage: Wenn jene Feststellung richtig, wenn die Gesellschaft als solche nichts weiter ist als die Gesamtheit der Gesellschafter, zusammengehalten lediglich durch das äussere Band der gemeinschaftlichen Firma — wie kann dann diese Gesamtheit einem Mitgliede gegenübertreten, das doch als wesentlicher Teil zu ihr gehört, wie ist ein Gegensatz denkbar zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaftsfirma, die den Namen Jenes wenn nicht direkt trägt, so doch jedenfalls in sich begreift? M. a. W.: was ist unter „Gesellschaft" in der Gegenüberstellung mit dem einzelnen Gesellschafter zu verstehen?

I. In subjektiver Beziehung ist die Antwort hierauf von vornherein gegeben. Stellt man die Gesellschaft dem Gesellschafter gegenüber, spricht man von Rechtsverhältnissen zwischen Beiden und gegenseitigen Rechten und Pflichten, so kann das bei dem Mangel juristischer Persönlichkeit der Gesellschaft nichts anderes bedeuten als:

Wie steht der Einzelne zur Gesamtheit seiner Mitgesellschafter, was kann er von ihnen, und was können sie von ihm verlangen? Der Erklärung bedürftig bleibt hier nur noch in formeller Hinsicht der Gebrauch der Firma auf Seiten der übrigen Gesellschafter. Die Firma ist „der Name, unter welchem die Gesellschafter unter Bezugnahme auf das gesellschaftliche Verhältnis zusammengefasst werden“[1]). sie stellt sich mithin als das äussere Zeichen jener eigenartigen persönlichen Gebundenheit dar, welche wir oben als das Charakteristische der gesamten Hand bezeichneten. Als solche hat sie aber nicht nur für Dritte, ausserhalb des gesellschaftlichen Verbandes stehende Personen, sondern auch innerhalb desselben für den Einzelnen, der daran beteiligt ist, ihre eigene Bedeutung. Indem die Sozien sich durch den Gesellschaftsvertrag aneinanderbinden, übernimmt der Einzelne nicht nur die ihm darin auferlegten speziellen Verpflichtungen, sondern er erkennt auch ganz allgemein an: Das Interesse der Gesamtheit deckt sich mit dem meinigen. Wo immer also jenes in Frage steht, da bin auch ich in jedem Falle auf Seiten der Gesamtheit beteiligt, selbst wenn auf der Gegenseite wieder ich mit einem speziellen, anderen Interesse stehen sollte. Hierin liegt die Lösung des Problems, das übrigens, wie Staub[2]) treffend bemerkt, überall da in die Erscheinung tritt, wo eine Person in mehrfachen Rechtsbeziehungen, insbesondere auf der einen Seite als Inhaberin von Sonderrechten und Vertreterin lediglich eigener Interessen, auf der anderen Seite als Mitinhaberin von Gesamtrechten in Betracht kommt. Zwei Seelen wohnen in der Brust des gegen die „Gesellschaft“ aktiv oder passiv auftretenden Gesellschafters. Die eine ist auf sein augenblickliches Sonderbestreben bedacht, während die andere, demgegenüber an jenem primären

---

[1]) R.-G. 3,57.

[2]) V. Aufl. § 8 zu Art. 112. Es ist zu bedauern, dass der ganze, zur Klärung des schwierigen Problems ausserordentlich beitragende Passus in der neuesten Auflage (Zusatz 3 zu § 128) weggelassen ist.

Zugeständnis festhaltend, für das widerstreitende Interesse der Gesamtheit spricht und mit unter den Fahnen der Firma gegen jenes Privatinteresse zu Felde zieht. Es steckt hierin ein wichtiges, auf möglichste Erhaltung der bestehenden Gemeinschaft abzielendes Moment, da ohne die Möglichkeit einer solchen Duplizität des Empfindens notwendig immer das jüngere, später erstandene Interesse das ältere töten, und somit bei jeder Meinungsverschiedenheit zwischen dem Einzelnen und seinen Mitgesellschaftern das gesellschaftliche Band zerreissen müsste.

II. Nicht alle Rechtsgeschäfte, die der Einzelne mit seinen Sozien vornimmt, werden nun aber unter Firmenzeichnung auf Seiten der Letzteren abgeschlossen, nicht alle Streitigkeiten zwischen beiden Teilen für oder gegen die Firma ausgefochten. Nehmen wir z. B. an, dass die Gesellschaft nur aus zwei Personen besteht, so kann Einer dem Andern ganz privatim etwa seine Wagenpferde oder ein Haus verkaufen und aus solchem Rechtsgeschäft mit dem Gegenkontrahenten in Streit geraten, ohne dass der Handel und der daran sich knüpfende Prozess mit dem zwischen ihnen bestehenden Gesellschaftsverhältnis irgend etwas zu thun haben. Es ergiebt sich aus der Natur der Sache, wie auch aus dem bisher Gesagten, dass derartige Fälle aus dem Kreise unserer Betrachtung vollkommen ausscheiden. Wenn von Rechtsverhältnissen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter überhaupt die Rede sein soll, so muss es sich dabei auch um Beziehungen handeln, welche sich auf das bestehende gesellschaftliche Verhältnis gründen, in ihm sozusagen ihre praktische Pointe finden. Und andererseits kann die Firma gegenüber einem Gesellschafter nur dann in die Erscheinung treten, wenn hinter ihr materielle Interessen der Gesamtheit stehen [1]). Denn nur für diesen

---

1) Vergl. Renaud p. 352: „es kann die Gesellschaft als formelle Einheit gegenüber dem einzelnen Gesellschafter so oft auftreten, als es sich um Rechte oder Verpflichtungen der Gesammtheit handelt."

Fall trifft jene stillschweigende Genehmigung des Firmengebrauchs zu, ohne welche derselbe garnicht zu erklären sein würde.

Der Punkt aber, in welchem sich die materiellen Interessen der Gesamtheit konzentrieren, ist die dingliche Gemeinschaft, in welcher die Gesellschafter hinsichtlich der realen Unterlage ihrer Vereinigung, des Gesellschaftsvermögens, stehen. Begründet wird diese dingliche Gemeinschaft dadurch, dass die Sozien ihre vertragsmässigen Einlagen zur gemeinsamen Kasse leisten. Die Einlage ist ein Teil des Privatvermögens des Inferenten, welchen dieser aus der übrigen Masse desselben aussondert mit der Absicht, sich jeglichen besonderen Rechtes daran, sowie an Allem, was später dazu erworben wird, während der Dauer der Vereinigung zu begeben, ihn vielmehr ausschliesslich in den Dienst der Gesamtheit zu stellen. Das bisherige Eigentumsrecht des Einzelnen geht also ungeteilt auf die Gesellschafter in ihrer Gesammtheit über, nur diese letztere allein hat Eigentum[1]), während dem Inferenten lediglich ein durch seine Beteiligung an Gewinn und Verlust modi-

[1]) Die Begriffe „Eigentum der Gesellschaft“ und „Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen“ stehen zu unserem Thema in keiner unmittelbaren Beziehung, da es sich bei ihnen nur um das Verhältnis der Sozien und ihrer Rechte untereinander handelt, ein Gegensatz zwischen dem Einzelnen und der Gesamtheit aber nicht hervortritt. Eine Erörterung der Frage: Wie gross ist der Anteil des Einzelnen an dem gemeinschaftlichen Vermögen? wird man daher im Folgenden vergebens suchen. Da indes der Gang der Untersuchung mehrfach eine Stellungnahme zu jener Frage erfordern wird, so soll unsere Auffassung an dieser Stelle mit den Worten zweier Autoren wiedergegeben werden, denen wir uns in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts und entgegen insbesondere Laband, Cosack und Adler, anschliessen: „Das Gesellschaftsvermögen steht allen Gesellschaftern gemeinsam zu, aber keinem von ihnen eine bestimmte oder auch nur wandelbare und bestimmbare Quote“. „Vielmehr bestehen nur Grundsätze über die Auseinandersetzung und über die Verteilung des Gewinnes“. So Staub, A. 12 im Exkurs zu § 122 und Neumann, A. 1 zu § 719.

fizierter Anspruch auf den Werthsersatz verbleibt [1]). Freilich ist an dem Eigentum der Gesamtheit der Inferent wieder insofern beteiligt, als er ja ein Glied derselben ist, ihm also das Eigentum gemeinschaftlich mit den übrigen Gesellschaftern zusteht. Aber dieses Eigentum ist, wie wir schon sahen, an die Zwecke der Gesellschaft gebunden und unterscheidet sich dadurch wesentlich von dem übrigen, frei verfügbaren Vermögen des Sozius. So findet die Zwiespältigkeit des Subjekts ihr Korrelat in der Zweiteilung, welcher das Vermögen des Gesellschafters unterliegt, während andererseits die subjektive, in der Firma zu Tage tretende Einheit der Gesellschaft sich wiederspiegelt in der objektiven Einheit des Gesellschaftsvermögens, welches zwar den Gesellschaftern gemeinschaftlich gehört, sich aber bei der engen Verbindung der Eigentümer auch seinerseits zu einer selbständigen, der Verfügung des Einzelnen entrückten und nur der Herrschaft der Gesamtheit unterworfenen Vermögensmasse konsolidiert Hier nun findet jenes Interesse der Gesamtheit, von welchem wir oben sprachen, gewissermassen seiner Inkarnation. Das Gesellschaftsvermögen ist es, das die Gesellschafter unter einander eint, den konkreten Gegenstand ihrer gemeinsamen Interessen, das „Geschäft" und daher die „Gesellschaft" für sie darstellt, sodass sich die Beziehungen des Einzelnen zu dieser objektiv in den Rechten und Pflichten erschöpfen, welche ihm gegen Jenes zustehen und obliegen.

III. Es ergiebt sich, dass die „Gesellschaft", die Gesellschaftsfirma, eine wesentlich verschiedene Bedeutung hat, je nachdem sie sich gegen Dritte oder gegen die eigenen Mitglieder wendet. Denn während sie für den Dritten lediglich subjektiv die Summa sämtlicher Gesellschafter repräsentiert, stellt sie dem einzelnen Sozius in subjektiver Hinsicht die Summe der mit ihm im Streite liegenden Übrigen geschlossen gegenüber und bedeutet ihm objektiv

[1]) Hiervon ist des Näheren im Kapitel IV zu handeln.

das Vermögen der Gesamtheit, aus dem er etwas zu verlangen oder zu dem er etwas zu leisten hat. Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter sind hiernach materiell diejenigen rechtlichen Beziehungen, in denen der Einzelne in betreff einer zu oder aus der Gesellschaftskasse zu bewirkenden Leistung zu seinen Mitgesellschaftern steht[1]). Und es beruht in formeller Hinsicht auf der im Gesellschaftsvertrage implicite enthaltenen Zustimmung des Gesellschafters, wenn bei Rechtsgeschäften und Streitigkeiten mit ihm die Übrigen unter der Firma der Gesamtheit auftreten.

IV. Das Verhältnis der offenen Gesellschaft zu der des bürgerlichen Rechts[2]) hat uns bisher nur von seiner formalen Seite Anlass zu flüchtiger Erwähnung gegeben. Mit jener Formulierung des Begriffs der Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter haben wir nun aber den Punkt berührt, an welchem von dem Rechte jener ein Ausblick auf das Recht dieser auch in materieller Beziehung erforderlich erscheint. Wir sprachen oben von der bürgerlichen Gesellschaft als der Grundform, von welcher die offene nur eine Abart darstelle. Und wir haben ferner hervorgehoben, in welcher Weise dieses Verhältnis zu Stande gekommen, dass nämlich die bürgerliche Gesellschaft nach dem Vorbilde der offenen, nicht diese nach dem Vorbilde jener umgestaltet ist. Wenn hiernach die offene Gesellschaft auch zeitlich die ältere Form, so ist sie im neuen Recht doch der jüngeren der bürgerlichen Gesellschaft

1) Über dieses Thema vergl. Lehmann, Vorbem. zum ersten Abschnitt des zweiten Buchs.

2) Vergl. Laband a. a. O. Bd. 31 p. 21: „Obligationen zwischen der Gesellschaft und ihren einzelnen Gliedern sind in Wahrheit nur Rechtsverhältnisse zwischen den Gesellschaftern, sie erfahren aber dadurch eine Modifikation, dass die Forderung oder Schuld zum Gesellschaftsfonds gehört". Und ähnlich R.-G. 18,43: „Forderungsrecht zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaftsfirma, d. h. zwischen dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter und dem Gesellschaftsfonds."

untergeordnet, und unsere Darstellung würde unvollständig sein, wenn sie die Frage unberührt liesse, ob die Kongruenz, welche zwischen Art und Abart notwendig vorhanden ist, sich auch auf die hier erörterten besonderen Rechtsverhältnisse erstreckt oder nicht. Die Frage ist, das mag hier gleich vorweg bemerkt werden, zu verneinen. Was beiden Gesellschaftsformen gemeinsam, ist das leitende Prinzip der gesamten Hand und die daraus hergeleiteten Einzelsätze, wie sie in den §§ 718, 719, 725 Abs. 2, 733 Abs. 2, 738 B. G.-B. sich ausgesprochen finden. Kongruieren beide hiernach in der Existenz eines besonderen Gesellschaftsvermögens und in der Gebundenheit der daran bestehenden Teilrechte der Miteigentümer, so greift das Recht der oHg. über diesen Rahmen noch hinaus, indem es einerseits die Sonderung des Gesellschaftsvermögens weiter durchführt, andererseits aber wie die Objekte, so auch die Subjekte zur wenn auch nur formellen Einheit zusammenfasst. Das Recht der Firma, welche es der Gesellschaft ermöglicht, als solche, unter diesem ihrem Namen, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen, scheidet die offene von der bürgerlichen Gesellschaft. Diese Fähigkeit einheitlichen Auftretens mangelt der letzteren. Es giebt im bürgerlichen Recht keine Gesellschaft, sondern nur Gesellschafter. Das gilt nach aussen, aber noch mehr natürlich nach innen, und darum kann bei der bürgerlichen Gesellschaft von Rechtsverhältnissen zwischen dieser und den einzelnen Mitgliedern keine Rede sein. Es ist also ein Speziale der offenen Gesellschaft, welches den Gegenstand der Untersuchung bildet, und unsere Darstellung wird sich daher fortan auf speziell handelsrechtlichem Gebiete bewegen, des bürgerlichen Rechts als solchen aber keine weitere Erwähnung zu thun haben.

§ 2. Die beiden Gruppen von Rechtsverhältnissen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter.

Die rechtlichen Beziehungen im Innern der oHg. scheiden sich in zwei Gruppen, von denen die erste aus

dem Gesellschaftsvertrage ihren Ursprung nimmt und die mit der actio pro socio geltend zu machenden gesellschaftlichen Rechte und Pflichten umfasst, während die zweite, dem Gesellschaftsvertrage gegenüber selbständig, ihrem Wesen nach in die äussere Thätigkeitssphäre der Gesellschaft fällt und nur dadurch einen internen Charakter erhält, dass neben der Gesellschaft nicht ein Dritter, ausser ihr Stehender, sondern einer der Gesellschafter selbst Subjekt der hierher gehörigen Rechtsverhältnisse ist.

I. Betrachten wir zunächst diese zweite Gruppe der aussergesellschaftlichen Beziehungen. Verträge aller Art können hier vorkommen. So kann die Gesellschaft mit einem der Sozien einen Mietsvertrag, etwa über die Hergabe eines Geschäftslokals, abschliessen, sie kann Waaren von ihm kaufen oder an ihn verkaufen[1]), sie kann auch Wechsel auf ihn ziehen oder seine Wechsel akzeptieren. Und wenn es sich um ein Darlehn handelt, das die Gesellschaft aufnehmen will, so wird ihr vielfach eines ihrer eigenen Mitglieder als Darleiher willkommener sein als ein Fremder. In allen solchen Fällen hat der Handel, den der Geschafter mit seiner Gesellschaft abschliesst, mit den kontraktlichen Rechten und Pflichten desselben nichts zu thun. Bei dem Geschäfte, das die Gesellschaft ebensogut mit einem Nichtsozius vornehmen könnte, steht ihr der Gesellschafter genau so gegenüber wie jeder Dritte: ein Gegensatz zwischen Beiden tritt hier also scharf hervor[2]) und findet in der externen Stellung des Gesellschafters seine natürliche Erklärung.

II. Schwieriger gestaltet sich das Verhältnis, sobald wir in den Kreis derjenigen Berechtigungen und Verpflichtungen eintreten, welche den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsvertrage gegeneinander zustehen und obliegen. Soweit der Gesellschaftsvertrag reicht, ist die rechtliche

[1]) Letzteres ein ganz gewöhnlicher Vorgang z. B. bei Kolonialwaarengeschäften, aus denen die Mitinhaber ihren Hausbedarf decken.

[2]) Anders selbst hier Adler; Anm. 2 auf Seite 34.

Stellung der Einzelnen vollkommen gleich, und Jeder gegen den Andern wie berechtigt so verpflichtet — das folgt aus dem Wesen des Vertrages und kommt auch in der Titelüberschrift: „von dem Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander" zu deutlichem Ausdruck. Eine rechtliche Nötigung zur Gegenüberstellung von Gesamtheit und Einzelmitglied ist hiernach zunächst allerdings nicht ersichtlich.[1]) Sie ergiebt sich indessen sofort, wenn man die Bestimmung des § 124 ins Auge fasst, dass die oHg. „unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden" kann. Die Rechte, welche ihr Lebensfähigkeit verleihen, erwirbt die Gesellschaft ja in erster Linie von den Gesellschaftern. Denn sowie zwei oder mehrere Personen sich zu dem gemeinsamen Betriebe eines Handelsgewerbes vereinigen, ist ihre erste Sorge, das neue Unternehmen derart mit Kapital auszustatten, dass es im Kampfe mit der Konkurrenz Aussicht auf Erfolg hat. So wird ein Gesellschaftsvermögen gebildet, in welches Geld, Waren, Grundstücke und andere Vermögensgegenstände inferiert werden. Würde die „Gesellschaft" hier nicht bis zu einem gewissen Grade auch den Gesellschaftern gegenüber personifiziert, oder m. a. W., gälte die Bestimmung des § 124 gemäss ihrer Stellung im dritten Titel nur für die rechtlichen Beziehungen nach aussen hin, so könnte die Gesellschaft z. B. mit Grundeigentum von ihren Mitgliedern garnicht dotiert werden, so könnten „Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken" nur von Dritten her in das Gesellschaftsvermögen gelangen, während die Auflassung seitens eines Gesellschafters immer nur an die übrigen Mitgesellschafter unter namentlicher Bezeichnung jedes Einzelnen erfolgen müsste. Dass dies in That weder der Praxis noch dem Sinne des Gesetzes entspricht, bedarf

[1]) Sie wird denn auch von Laband Bd. 31 p. 23. geleugnet.

keiner besonderen Hervorhebung. Das Vorhandensein, ja die Notwendigkeit eines Gegensatzes zwischen Gesellschaft und Gesellschafter auch innerhalb der auf dem Gesellschaftsvertrage beruhenden Rechtsverhältnisse ist damit festgestellt. Es fragt sich nun weiter, wie weit sich ein derartiger Gegensatz bemerkbar macht, an welchen Punkten er zu Tage tritt.

III. Der § 124 besagt ganz allgemein, dass die Gesellschaft unter ihrer Firma „Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen" kann. Was nun der Gesellschaftsvertrag dem Gesellschaftter an Pflichten auferlegt, das kommt der Gesellschaft zu Gute, sodass man sagen könnte, jeder vertraglichen Pflicht des Einzelnen entspreche ein Recht der Gesamtheit. Und ebenso könnte man jedem Vertragsrecht des Einzelnen eine Verpflichtung der Gesamtheit gegenüberstellen, der er sich ja gerade zu dem Zweck eingegliedert hat, um jenes Recht zu erlangen[1]). Eine so allgemeine Kontrastierung von Gesellschaft und Gesellschafter würde indessen doch über die Grenzen hinausgreifen, welche wir oben dem Auftreten jenes Gegensatzes gezogen haben. Wir stellten fest: Von einer Gesellschaft als solcher kann im Gegensatze zu den Mitgliedern nur die Rede sein, soweit das gemeinschaftliche Vermögen und die Beziehungen, in welchen der Einzelne dazu steht, in Betracht kommen. Daraus aber ergiebt sich, dass diejenigen vertraglichen Beziehungen, welche eine Vermögensgemeinschaft an sich nicht begründen, zunächst auch jenen Gegensatz nicht hervortreten lassen können[2]). Wenn der Gesellschaftsvertrag also dem Gesellschafter die Verpflichtung zur diligentia quam suis rebus oder zur Geschäftsführung auferlegt und ihm verbietet, in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte zu treiben oder sich an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich

[1]) So Cosack B. G.-B. p. 373.

[2]) Dieselbe Abgrenzung anscheinend auch bei Behrend p. 536 A. 3. Vergleiche im übrigen Gierke, Genossenschaftstheorie p. 523 ff.

haftender Sozius zu beteiligen, so wird man daraus ebensowenig entsprechende Gebots- und Verbotsrechte der „Gesellschaft" herleiten können, wie man das Recht des Gesellschafters zur Geschäftsführung als gegen die Gesellschaft gerichtet auffassen darf[3]). Denn derartige Verbindlichkeiten und Berechtigungen zu einem persönlichen Verhalten bilden an sich keine Faktoren, welche eine Vermögensgemeinschaft zwischen den Sozien begründen könnten. Ihre Geltendmachung kann daher nur im Wege der individualrechtlichen actio pro socio erfolgen. Hiermit stimmt es überein, wenn die §§ 117, 127, 140 von einem Antrage nicht der Gesellschaft, sondern der übrigen Gesellschafter sprechen. Der Anspruch auf Ausschluss eines Gesellschafters von der Geschäftsführung, der Vertretung oder der Mitgliedschaft überhaupt hat keinerlei direkten Vermögenswert. Über seine Realisierung hat daher nicht die Gesellschaft durch ihre Vertreter, sondern haben die übrigen Mitgesellschafter in dieser ihrer Eigenschaft, und zwar bei der Wichtigkeit des Gegenstandes in Übereinstimmung, zu befinden. Im Übrigen ist die ganze Frage lediglich prinzipieller Natur und ermangelt jeder praktischen Bedeutung. Denn die Konsequenzen der hierher gehörigen Rechte und Pflichten des Einzelnen, wie sie in den §§ 110, 113, 114 HgB. 667—670, 708, 277 B.G.-B. enthalten, sind doch wieder rein vermögensrechtlicher Art, und soweit dies der Fall, ergeben sich natürlich Interessen der Gesamtheit, welche diese dem pflichtwidrig handelnden, resp. sein Recht verfolgenden Sozius als Gegnerin gegenüberstellen.

IV. Der Erörterung bedarf nunmehr noch die Frage, in welchem Verhältnis die Kontraktsklage der Gesellschaft zu der so eben erwähnten individualrechtlichen actio pro socio steht[1]). Wir sahen: soweit innerhalb der vertraglichen Beziehungen überhaupt ein Gegensatz zwischen

[3]) Abweichend Hergenhahn-Tuchatsch p. 66.

[1]) Hierüber besonders Lehmann, Note 5 zu § 109.

der Gesellschaft und dem Einzelnen hervortritt, ist zu eigenem Recht nur eben die Gesellschaft, als Eigentümerin, Gläubigerin oder Schuldnerin, wie berechtigt, so verpflichtet, weil es sich immer um das Gesellschaftsvermögen handelt dessen alleinige Eigentümerin sie ist. Es liegt nahe, hieraus zu folgern, dass innerhalb der bezeichneten Grenzen nun auch allein die Gesellschaft aktiv wie passiv legitimiert, und eine Klage des einzelnen Gesellschafters an Stelle der Gesellschaft ausgeschlossen sei. In der That war dies bis vor Kurzem die Ansicht Cosacks[1]), welcher sie dahin formulierte: „Die Erfüllung des Gesellschaftsvertrages wird durch eine Klage der Gesellschaft gegen ihre Mitglieder und umgekehrt durchgeführt". In der neuesten Auflage seines Lehrbuchs ist Cosack zu anderen Resultaten gekommen[2]), und wenn man die letzteren auch in positiver Hinsicht nicht billigen kann, so muss man doch rein negativ genommen dem Widerruf jenes Satzes zustimmen. Denn es ist hier von dem bereits angedeuteten Gesichtspunkte auszugehen, dass es sich bei der Gesellschaft um ein Vertragsverhältnis handelt. „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten." Auf das Wort „gegenseitig" ist in dieser Definition des § 705 B. G.-B. hier der Nachdruck zu legen. Zunächst unterliegt jede Bestimmung des Vertrages der Geltendmachung durch jeden Gesellschafter gegen jeden Mitgesellschafter[3]) – das ist das Normale, dem Wesen des Vertrages Entsprechende

1) III. Aufl. p. 574. Nicht so, wenigstens in der hier citierten neueren Anflage, v. Hahn, wie Behrend p. 472 meint. cf. v. Hahn § 2 i. f. a. a. O.

2) cf. oben § 2 Text bei Anm. 1 auf Seite 34.

3) Über die Anwendung der §§ 320 ff. B. G.-B. auf das Verhältnis der Einzelnen zu einander vergl Planck, Vorbemerkung zum Titel 14, II 3.

und deshalb prinzipiell als Regel anzusehen[1]). Wenn daneben auch die Gesellschaft als solche in dem Streit um vertragliche Beziehungen als Partei auftreten kann, so ist das eine Ausnahme von der Regel, die in der Wirksamkeit des Prinzips der gesamten Hand ihre Erklärung und zugleich ihre Grenze findet. — Auch diese Formulierung hat indessen vorzugsweise theoretischen Wert: fasst man die Art der beiderseitigen Berechtigungen ins Auge, so ist das Verhältnis gerade umgekehrt, indem die Klage der Gesellschaft als das primäre und die des einzelnen Gesellschafters als das nur subsidiäre Rechtsmittel[2]) erscheint. Soweit es sich um vertragliche Leistungen handelt, welche mehrend oder mindernd zu dem Gesellschaftsvermögen in Beziehung stehen, ist der den Vertrag im Interesse der Gesamtheit gegen den Mitgesellschafter aus eigenem Recht exekutierende Sozius immer in ähnlich beschränkter Lage wie etwa ein Miterbe. Das Recht, die Forderung, die er geltend macht, gehört ja nicht ihm allein, sie ist „gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter": er darf sie daher nicht in eigenem Namen in Anspruch nehmen, sondern kann nur Leistung zum Gesellschaftsfonds verlangen, wie der Miterbe nur Hinterlegung für alle Erben zu fordern berechtigt ist. (§§ 432, 2039 B. G.-B.). So kann der Einzelne immer nur gleichsam als negotiorum gestor der Gesamtheit auftreten — das Recht selbst steht allein der Gesamtheit zu und kann, wie wir oben sahen, in eigenem Namen nur von dieser unter der Gesellschaftsfirma geltend gemacht werden. Für das Verhältnis der konkurrierenden Rechte des Einzelnen und der Gesellschaft ergiebt sich hieraus, dass der Wille der Letzteren hinsichtlich der

1) Übereinstimmend Behrend p. 472.

2) Für das umgekehrte Verhältnis — Klage des Einzelnen gegen die Gesellschaft oder einen Mitgesellschafter — gilt natürlich das Gleiche. Im Übrigen kann aus praktischen Gründen vielfach die Mann gegen Mann auszufechtende actio pro socio vor der Hineinziehung der Firma in den Prozess den Vorzug haben Behrend a. a. O.

Verfügung über ein zum Gesellschaftsvermögen gehöriges und gegen ein Mitglied sich richtendes Recht dem des Gesellschafters unbedingt vorgeht. Wenn also die Gesellschaft, d. h. der zu ihrer Vertretung befugte Gesellschafter oder die Mehreren, denen diese Befugnis gemeinsam zusteht, sich entschlossen haben, ein der Gesellschaft aus dem Vertrage gegen eines ihrer Mitglieder zustehendes Recht, etwa auf Schadenersatz oder auf Eintritt in das von dem Mitgliede zuwider dem Konkurrenzverbot abgeschlossene Geschäft, aus irgend welchen Gründen nicht zu realisieren, so kann sich ein anderer von den Sozien nicht etwa auf sein Individualrecht berufen und gleichwohl auf Leistung zur Gesellschaftskasse klagen. Der so Handelnde würde sich mit dem erkannten wirklichen Willen der Gesellschaft in Widerspruch setzen und ihr daher unter Umständen schadenersatzpflichtig werden, selbst wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fiele. § 678 B. G.-B.

§ 3. Die Bestimmung der Parteirollen.

1. Wir haben bisher die uns beschäftigenden Rechtsverhältnisse in der Weise besprochen und werden es auch für die weitere Darstellung beibehalten, dass wir einen einzelnen Gesellschafter einer Mehrheit von Mitgesellschaftern gegenüberstellen, und zwar deshalb, weil sich bei solcher Sachlage die Behandlung des Stoffes zugleich am einfachsten und anschaulichsten gestaltet. Dass im Übrigen aber das numerische Verhältnis der Parteien absolut unerheblich ist, bedarf keiner besonderen Hervorhebung. Es können statt des Einen ebensogut Mehrere der Gesellschafter in der Lage sein, eine Forderung an die Gesellschaftskasse zu haben oder ihr etwas zu verschulden, indem sie z. B. Auslagen für sie gemacht oder die Einlagen noch nicht voll eingezahlt haben. Und ihnen gegenüber können wieder Mehrere, es kann aber auch nur ein Einziger stehen, welcher Zahlung aus oder zu der Gesellschaftskasse verweigert oder verlangt. Wie gesagt, prinzipiell unterscheiden sich diese Fälle von dem bisher behandelten Normalfall in

keiner Weise: immer stehen Leistungen in Frage, welche mehrend oder mindernd das gemeinschaftliche Vermögen tangieren, und da dieses der Verknüpfungspunkt der gemeinsamen Interessen aller ist, so sind nach dem oben Gesagten jene Leistungen stets als für oder gegen die „Gesellschaft" gerichtet anzusehen. Es tritt hier aber überall mit besonderer Schärfe eine Frage hervor, welche in dem letzterwähnten Normalfall latent bleibt und deshalb an dieser Stelle erörtert werden muss. Handelt es sich um eine Leistung zur Gesellschaftskasse, welche die mehreren Mitgesellschafter sämmtlich von ihm verlangen, der Einzelne aber verweigert, so wird Niemand Bedenken tragen, die „Gesellschaft" auf Seiten der Mehrheit und in dem Einzelnen ihren Gegner zu erblicken. Zweifel erheben sich indessen schon, wenn die Gesellschaft sich nur aus zwei Personen zusammensetzt und zwischen diesen eine derartige Differenz entsteht. Wer von Beiden darf hier behaupten, dass er das Interesse der Gesamtheit vertrete, der Andere aber, welcher doch ebenso eine Hälfte der Letzteren repräsentiert, ihm zuwiderhandle? Wo ist hier die „Gesellschaft" und wo der „Einzelne"? Vollends ungewiss wird die Entscheidung, wenn nur Einer eine Leistung zur Gesellschaftskasse verlangt, die mehreren Mitgesellschafter sie aber verweigern. Wie darf jener Eine sagen, dass er das Wohl der Gesamtheit wolle, von der er doch nur ein Teil ist, wie darf er die Übrigen einer Verkennung von Interessen zeihen, die doch zum grössten Teil die ihren sind?

II. Solche Zweifel in Verbindung mit den z. B. hinsichtlich der Kostenlast sich ergebenden praktischen Konsequenzen einer gegenteiligen Entscheidung haben Cosack neuerdings dazu geführt, die Möglichkeit einer Klage der Gesellschaftsfirma gegen den einzelnen Gesellschafter und umgekehrt zwar nicht überhaupt, aber doch jedenfalls für die aus dem Gesellschaftsvertrage resultierenden rechtlichen Beziehungen zu leugnen. „Denn bei einem Streite der Gesellschafter unter einander ist niemand vorhanden, der

die Gesellschaft als Einheit zu vertreten befugt wäre und die Gesellschaftsfirma führen dürfte[1])." Zu bemerken ist hierzu zunächst, dass angesichts dieser Begründung die Unterscheidung zwischen den im vorigen § behandelten beiden Gruppen der vertraglichen und der ausservertraglichen Rechtsverhältnisse nicht recht zu verstehen ist, da es sich thatsächlich doch hier wie dort um einen „Streit der Gesellschafter unter einander" handelt. Was sodann jene Entscheidung selbst anbetrifft so kann ihr als schwerwiegendes Argument in erster Linie die fast übereinstimmende gegenteilige Ansicht von Theorie und Praxis entgegengehalten werden[2]). Aber auch abgesehen hiervon, birgt sie in sich selbst einen unlösbaren Widerspruch. Dass der Gesellschaft aus dem Vertrage eine Reihe von Rechten gegen ihre Mitglieder zusteht, erkennt Cosack selbst an. Indem er dann aber ausspricht, dass die Gesellschaft als solche, d. h. unter ihrer Firma, jene Rechte nicht geltend machen kann, negiert er wieder die Existenz dieser letzteren. Denn jedes Privatrecht muss durch eine Klage geschützt sein, sonst ist es eben kein Recht. Und umgekehrt: „Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann." (§ 89 Einl. zum Pr. A. L. R). Ist also keine Möglichkeit vorhanden, Rechte der Gesellschaft gegen ihre Mitglieder auch formell als solche klagend geltend zu machen, so — das ist die unabweisbare Folgerung — existieren eben solche Rechte überhaupt nicht, so — und das ist die weitere Konsequenz — fällt damit auch der

1) p. 555.

2) Vergl. u. a Staub A. 21 zu § 128 H. O. H. G. 25, 161. In der Theorie bildet eine Ausnahme Adler p. 115 ff., welcher jedoch die seiner Auffassung entgegenstehende Praxis selbst anerkennt. Uebrigens geht Adler noch weit über Cosack hinaus, indem er einen Gegensatz zwischen Gesellschaft und Gesellschafter überhaupt, auch für ausservertragliche Rechtsverhältnisse, leugnet. Nach ihm wird „in der Anerkennung von Obligationen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter eine grosse Lüge sanktioniert." p. 108.

ganze Gegensatz zwischen Gesellschaft und Gesellschafter. Wir haben aber bereits unzweifelhaft nachgewiesen, dass ein solcher Gegensatz und zwar innerhalb der vertraglichen wie der ausservertraglichen Rechtsverhältnisse vorhanden ist.

III. Beiden Vorwürfen entgeht man, wenn man nicht, wie Cosack, auf die subjektive, sondern auf die objektive Seite des Verhältnisses das entscheidende Gewicht legt. Es giebt eine „Gesellschaft" auch für die Gesellschafter, weil es eine Interessengemeinschaft zwischen ihnen giebt, die sich, im Gesellschaftsvermögen verkörpert, selbst ihren eigenen Angriffen gegenüber aufrecht erhält. Sind hiernach unter Rechten der „Gesellschaft" gegen ihre Mitglieder die Verpflichtungen dieser letzteren zu Leistungen an die gemeinsame Kasse zu verstehen, so ergiebt es sich von selbst, dass gegenüber der Gesamtheit der Gesellschafter zwar solche Rechte nicht existieren können. Denn wenn diese Gesamtheit darin übereinstimmt, dass eine ursprünglich verabredete Leistung zum Gesellschaftsfonds nicht gemacht, also etwa der Betrag der Einlagen herabgesetzt werden soll, so hat eben die letzte Instanz gesprochen, welche über die Einkünfte der Gesellschaftskasse überhaupt zu befinden hat. Abgesehen aber von solcher Einmütigkeit Aller ist die „Gesellschaft" naturgemäss immer auf Seiten derjenigen Mitglieder zu erblicken, welche positiv oder negativ, verlangend oder verweigernd, für das Gesellschaftsvermögen eintreten. Dissentiert in dem zuletzt erwähnten Beispielsfalle auch nur einer der Sozien, will er die Übrigen bei der ursprünglichen Vereinbarung festhalten, indem er Volleinzahlung der vertraglich festgesetzten Beträge verlangt oder teilweise Rückzahlung derselben verweigert, so nimmt er eben das Interesse der Gesellschaftskasse, d. h. der „Gesellschaft", wahr und muss daher auch für befugt erachtet werden, die Firma im Schilde zu führen. Dass der Eine im Falle des Unterliegens die Gesellschaft mit den Kosten belastet, welche er wider den Willen der Mehrheit verursacht hat, kann hiergegen nicht angeführt

werden. Denn so ohne Weiteres als „Gesellschaft" gegen die Übrigen vorzugehen, ist er, wie wir weiter unten noch sehen werden, sowieso nur im Stande, w enn er Vertretungsmacht für die Gesellschaft hat. Dann aber kann die Mehrheit unter Umständen immer noch den Spiess umkehren und ihn von der Mitgliedschaft ausschliessen lassen. Hartnäckige Widersetzlichkeit gegenüber dem übereinstimmenden Willen der Mitgesellschafter wird, wenn der Fall sonst dazu angethan ist, sicherlich unter die vom Gesetz erforderten „wichtigen Gründe" der Ausschliessung gerechnet werden müssen Ist der Einzelne aber nun gar nicht vertretungsbefugt, und stellt sich sein Anspruch gegen die übrigen von vorneherein als unbegründet heraus, so wird er bereits in dem präparatorischen Verfahren des § 57 C.-P.-O. (wovon ebenfalls später) scheitern, da das Gericht ihn dann eben als „Gesellschaft" nicht anerkennen und die Bestellung eines Prozessvertreters ablehnen wird.

§ 4. Die Vertretung der Gesellschaft.

Solange nun Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Einzelnen und seinen Mitgesellschaftern nicht zu Tage treten, bietet die Behandlung der in Betracht kommenden rechtlichen Beziehungen keine besonderen Schwierigkeiten. Nur bei Rechtsgeschäften, welche wie die des Wechsel- und des Immobiliarsachenrechtes den Gebrauch der Firma formell erfordern, erhebt sich die Frage, wer von den Übrigen denn nun dem Einzelnen gegenüber die Firma zu zeichnen, mithin formell die „Gesellschaft" zu vertreten berufen ist. Im übrigen aber ergeben sich Zweifel hinsichtlich der praktischen Ausgestaltung des uns beschäftigenden Gegensatzes erst, sobald es zu Streitigkeiten und ihrem rechtlichen Austrage kommt.

Wichtig für den Prozess wie für die erwähnten eigengearteten Rechtsgeschäfte ist nun in erster Linie die bereits berührte formelle Frage: „wer von den Mitgesellschaftern vertritt die „Gesellschaft"? Was zunächst im allgemeinen die Wirksamkeit des Einzelnen für die

Gesamtheit angeht, so hat dieselbe wie jede Thätigkeit für Andere überhaupt rechtlich zwei Seiten, von denen die eine das Verhältnis des Thätigen zum Vertretenen betrifft, während die andere für sein Verhältnis zu den Dritten massgebend ist, mit denen ihn seine Thätigkeit für den Vertretenen zusammenführt. Wie hiernach im allgemeinen Auftrag und Vollmacht, so sind für die oHg. Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des einzelnen Sozius wohl auseinanderzuhalten[1]). Beide stehen einerseits an sich jedem Gesellschafter kraft Gesetzes zu (§§ 114, 125) und sind andererseits auch der Regel nach in derselben Hand vereinigt, so dass, wer im Innern Geschäfte für die Gesamtheit zu führen, wie z. B. die Buchführung zu besorgen, berechtigt ist, auch Dritten gegenüber zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt erscheint. Es ist jedoch einmal eine Entziehung beider Befugnisse — durch Vertrag oder gerichtliche Entscheidung — überhaupt zulässig, und es kann ferner die Entziehung auch nur auf eine derselben beschränkt sein[2]).

---

1) Hierüber die eingehende Monographie von v. Górski, Die Geschäftsführung und Vertretung der oHg., Wien 1888.

2) v. Górski, p. 8. Lehmann, Note 2 zu § 114. Wenn der Erstere a. a. O. A. 2, bemerkt: „Der Fall, dass Jemand Geschäftsführung ohne Vertretungsbefugnis hätte, dürfte praktisch kaum vorkommen", so müssen wir darauf erwidern, dass wir im Gegenteil diese Kombination für sehr viel weniger exzeptionell halten als die andere, dass nämlich Jemand vertretungsbefugt ist, aber der Geschäftsführung ermangelt. Wir begründen das aus dem Satze, dass Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis sich zu einander verhalten wie Auftrag und Vollmacht. Jener kommt ohne diese in zahllosen verschiedenartigen Verhältnissen vor, das Umgekehrte ist nur da möglich, wo die Vollmacht, die Vertretungsbefugnis, auf dem Gesetze beruht. So aber kann die Geschäftsführung, ohne dass ihr die Vertretungsbefugniss gesellt ist ihren sehr bestimmten wichtigen Inhalt haben, während das Recht der Vertretung, das einem Gesellschafter auf seiner gesetzlichen Grundlage belassen ist, doch jedenfalls für das interne Verhältnis jeder Bedeutung entbehrt, wenn mit der Geschäftsführung dem Betreffenden die Möglichkeit, es selbständig praktisch zu bethätigen, entzogen ist.

I. Nehmen wir nun zunächst jenen einfachsten Fall an, dass dem Gesellschafter, der mit den Übrigen über irgend eine das Gesellschaftsvermögen tangierende Leistung einen Vertrag abschliesst oder in Streit gerät, sowohl die Geschäftsführungs- wie die Vertretungsbefugnis mangeln. Stehen ihm hier einer oder mehrere Andere gegenüber, die mit Beidem ausgerüstet sind, so sind diese eben die berufenen Vertreter der „Gesellschaft". Zweifelhaft wird aber schon jetzt, ob sich ihre Thätigkeit gegenüber dem Mitgesellschafter nach den für die Geschäftsführung oder nach den für die Vertretung geltenden Regeln richtet und noch schärfer spitzt sich die Frage zu, sobald von den übrigen Gesellschaftern einige nur mit der Geschäftsführung betraut, von der Vertretung dagegen ausgeschlossen sind[1]). Denn dann fragt es sich, ob auch diese gegenüber dem Einzelnen die „Gesellschaft" vertreten können, oder ob hierzu ausschliesslich nur die zugleich vertretungsbefugten Gesellschafter berechtigt sind. So subjektiv gefasst wird man die Frage ohne Weiteres in letzterem Sinne beantworten müssen[2]). Denn in der vom Gesellschaftsvertrag verschieden bestimmten Abgrenzung der einzelnen Wirkungskreise spricht sich deutlich die wohlüberlegte verschiedene Wertung der Persönlichkeiten aus: der Eine, der sich durch kaufmännische Kenntnisse und Routine auszeichnet, soll darum auch nach aussen hin das Geschäft leiten und über das Gesellschaftsvermögen mit verpflichtender Wirkung für Alle verfügen dürfen[3]), während der

[1]) Vergl. zum Folgenden: Staub A. 25 zu § 128; v. Hahn § 4 des Zusatzes zu Art. 122; Behrend p. 471, 538. v. Górski, p. 54 fl.

[2]) So Staub, Behrend und Renaud p. 442. Nicht ganz klar v. Hahn. Abweichend v. Górski. Für die vertraglichen Rechtsverhältnise abweichend Gierke, Genossenschaftstheorie p. 531 und Lehmann. Note 3 zu § 14.

[3]) In der Dispositionsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen erblickt auch Renaud a. a. O. das Charakteristikum der Vertretung, auf Grund dessen er zu seiner mit dem Texte übereinstimmenden Ansicht gelangt.

Andere, dessen Vorzüge vielleicht mehr auf dem Gebiete technischer Fertigkeit oder innerer Verwaltung liegen, eben auch nur hier sich bethätigen, mit der Vertretung der Gesellschaft nach aussen hin aber nichts zu thun haben soll. Warum eine derartige Unterscheidung, deren praktische Wichtigkeit für den günstigen oder ungünstigen Erfolg des Unternehmens ohne weiteres einleuchtet, in allen den Fällen ihre Geltung verlieren soll, in denen die Gesellschaft es nicht mit einem Fremden, sondern einem der eigenen Mitglieder zu thun hat, warum hier plötzlich die nur geschäftsführenden Gesellschafter eine Erweiterung ihrer Befugnisse erfahren sollen, die sie den sonst ausschliesslich firmierenden Sozien als gleichberechtigt an die Seite stellt, ist nicht abzusehen. Muss nun aber auch hinsichtlich der Persönlichkeit das Recht der Vertretung und nicht das der Geschäftsführung für ausschlaggebend erachtet werden, so kann für die objektive Seite des Verhältnisses, d. h. die Frage, welche Vorschriften für das Auftreten der Gesellschaftsvertreter gegenüber dem Mitgesellschafter massgebend sind, diese Entscheidung nicht so unbedingt wiederholt werden. Das Recht der Vertretung, wie es die §§ 125, 126 in Verbindung mit § 15 enthalten, bezweckt in erster Linie den Schutz gutgläubiger Dritter, bei denen eine Kenntnis der internen Abmachungen der Gesellschafter nicht vorausgesetzt werden kann. In dieser Lage ist aber einer der Gesellschafter selbst nicht. Eine Beschränkung des Umfanges der Vertretungsmacht des mit ihm kontrahierenden Gesellschaftsvertreters muss er daher als gegen sich wirksam anerkennen, denn er kennt sie ja, sie beruht ja auf dem Gesellschaftsvertrage, den er mit abgeschlossen hat, und ist daher nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift nur Dritten gegenüber unwirksam. Und wenn ein Gesellschafter mit einem Mitgesellschafter als falsus procurator societatis ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, obwohl er von der Vertretung ausgeschlossen war, so kann die Gesellschaft dem Andern diese Thatsache, auch wenn sie nicht in das Handels-

register eingetragen war, entgegensetzen, ohne nach der Beweisregel des § 15 nachweisen zu brauchen, dass sie ihm bekannt war. Denn es spricht die Vermutung dafür, dass der Gesellschafter von einem für die Gesellschaft so wichtigen Umstande Kenntnis hatte. Das Gleiche gilt, wenn der Einzelne mit einem Sozius kontrahiert hatte, dem zwar die materielle Befugnis zur Geschäftsführung genommen, das formelle Recht der Vertretung aber — sei es honoris causa, oder für den Fall der Not oder endlich nur aus Versehen[1]) — belassen war. Denn dieses formelle Recht der Vertretung war eben nur nach aussen hin von Bedeutung und der Betreffende würde hier wie in den übrigen Fällen dolos handeln, wenn er die dem Dritten gewährten Rechtsvorteile für sich in Anspruch nehmen wollte[2]). Wenn aber zufolge allgemeiner Prinzipien auch die Regeln von der Vertretung in den erwähnten Beziehungen auf das Verhältnis der Gesellschaft zu ihrem Mitgliede keine Anwendung finden, so ist damit doch noch nicht gesagt, dass sie ganz und gar ausscheiden, und an ihrer Stelle die Regeln von der Geschäftsführung Platz greifen müssten. Belangt ihn die Gesellschaft aus einem mit dem vertretungsbefugten Sozius geschlossenen Geschäft, so kann der Gesellschafter nicht aus § 115 einwenden, dass der Gesellschaftsvertreter s. Zt. den Widerspruch eines dazu Berechtigten missachtet[3]) oder es versäumt habe, die vertraglich erforderte Zustimmung der übrigen Geschäftsführer einzuholen. Denn damit wäre ja wieder den Letzteren ein Einfluss auf die in Rede stehenden Rechtsverhältnisse eingeräumt, der ihnen bereits oben abgesprochen worden ist. Ausserdem aber handelt es sich in allen Fällen, in denen eine Leistung zu oder seitens der Gesellschaftskasse in Frage kommt, nicht um blos interne Geschäftsführung,

---

[1]) Vergl. die Fälle in Busch's Archiv Bd. 2, p 173 und Bd. 15 p. 107; auch Staub, A. 1 zu § 114.

[2]) Soweit übereinstimmend auch die oben zit. Autoren.

[3]) Anders v. Hahn und Lehmann, Note 5 zu § 109.

sondern um Vertretung der Gesellschaft[1]), gleichviel ob die Gegenpartei ein Fremder oder einer der Gesellschafter ist. Soweit sie vielmehr nach dem oben Gesagten nicht unanwendbar sind, gelten die Regeln von der Vertretung der Gesellschaft dem Mitgliede gegenüber auch in objektiver Beziehung, sodass vor allen Dingen die Befugnisse des Gesellschaftsvertreters, falls nicht vertraglich ein anderes bestimmt ist, nach den über den Umfang der Prokura noch hinausgreifenden Vorschriften des § 126 Abs. 1 zu beurteilen sind und der Unterscheidung zwischen gewöhnlichen und aussergewöhnlichen Betriebshandlungen mit den im § 116 darangeknüpften Konsequenzen nicht unterliegen[2])

II. Komplizierter wird das Verhältnis, sobald die Vertretungsmacht einigen Mitgliedern entzogen, der mit der „Gesellschaft" kontrahierende oder im Streite liegende Einzelne aber hiervon nicht betroffen ist. Und zwar kommen da die drei Möglichkeiten in Betracht, dass entweder der Letztere allein die Vertretungsbefugnis hat, oder dass sie neben ihm noch anderen und zwar jedem selbständig, oder endlich, dass sie den Mehreren nur gemeinsam zusteht. Von diesen drei Fällen erledigt sich der zweite am einfachsten. Denn hier ist für die Vertretung der „Gesellschaft" immer gesorgt: es kann sie aktiv bei Rechtsgeschäften und Prozessen jeder der anderen Gesellschaftsvertreter übernehmen; und es kann passiv jeder derselben in dieser seiner Eigenschaft von dem Andern belangt werden[3]). In den übrigen Fällen ist die Rechtslage die gleiche, soweit es sich um Rechtsgeschäfte handelt, welche in Übereinstimmung sämtlicher Gesellschafter zwischen einem von ihnen und der „Gesellschaft" abgeschlossen werden sollen. Denn da nach § 181 B. G.-B. das Mitsichselbstkontrahieren des Vertreters zulässig ist, sofern er dazu die Zustimmung des Vertretenen erhalten hat, so bedarf es lediglich

1) So Cosack p. 557. Vergl. auch Anm. 3 auf Seite 38.

2) Anders Behrend p. 538.

3) Renaud p. 268.

ein es entsprechenden Beschlusses der Gesellschafter, der am zweckmässigsten gleich von vornherein bei der Erteilung der Vollmacht in der Form einer allgemeinen Ermächtigung zum Handelsregister anzumelden sein wird. Der Betreffende kann nunmehr — falls es sich nicht etwa überhaupt nur um blosse Erfüllungsgeschäfte handelt — namens der Gesellschaft Rechtsgeschäfte mit sich selber vornehmen, sei es, dass er allein oder nur in Gemeinschaft mit Anderen vertretungsbefugt ist. Im letzteren Falle erscheint dann eben auf Seiten der „Gesellschaft" nicht blos wie im ersteren er allein, sondern neben ihm noch die übrigen Gesellschaftsvertreter. — Auch im Prozess haben beide Möglichkeiten zunächst viel Gemeinsames. Das Erste ist, dass es der Gesellschaft hier vollkommen an einem Vertreter mangelt, da neben dem bisher Einzigen überhaupt kein Anderer in Betracht kommen kann, während die Kollektivvertreter ohne die Mitwirkung des dissentierenden in ihrer gesamten Thätigkeit lahm gelegt sind. Für den aktiv gegen die Gesellschaft vorgehenden Sozius bietet hier wie dort der § 57 C.-P.-O.[1]) die Handhabe, um der Gegnerin die Tarnkappe der Vertreterlosigkeit abzustreifen und sie so seinem Angriff erreichbar zu machen. Will dagegen umgekehrt die Gesellschaft den Einzelnen belangen, so weist das neue Hgb. in seinem § 127 den Mitgesellschaftern ihren Weg. Danach müssen sie dem dissentierenden Genossen zunächst durch gerichtliche Entscheidung die Vertretungsmacht entziehen lassen. Ist dies geschehen, so sind im Falle der Kollektivvertretung die Übrigen durch den Ausschluss des Einen in ihrer Vertretungsbefugnis wieder frei geworden und können nun gemeinsam gegen ihn vorgehen. Wie aber, wenn der Dissentierende alleiniger Vertreter war? Durch seinen Ausschluss von der Vertretung ist die Gesellschaft vollkommen aktionsunfähig geworden[2]). Denn die übrigen

[1]) So Staub.

[2]) Renaud, p. 264, nimmt daher auch an, dass in diesem Falle eine Klage der Gesellschaft als solcher ausgeschlossen ist.

Gesellschafter sind zur Vertretung nicht ermächtigt, da sie ja durch den Gesellschaftsvertrag davon ausgeschlossen sind. § 125 Abs. 1. Es ist also überhaupt Niemand da, der die Gesellschaft vertritt: sie muss daher zunächst wieder einen Vertreter erhalten. Das ist aber, falls nach dem Gesellschaftsvertrage nicht Stimmenmehrheit entscheidet, ohne die Mitwirkung auch des bisherigen Vertreters, gegen den sich die ganze Aktion richtet, nicht zu erreichen. Wird sie verweigert, so bleibt den Mitgesellschaftern infolgedessen an sich nichts anderes übrig, als ihn durch gerichtlichen Ausspruch von der Gesellschaft überhaupt ausschliessen zu lassen, und erst nachdem er auf solche Weise abgestossen, den Prozess gegen ihn anzustrengen. Dies Verfahren wird indessen infolge der Abschichtung des Ausgeschlossenen vielfach mit einer erheblichen Erschütterung und Gefährdung der Existenz der Gesellschaft verbunden sein, und da das neue Hgb. bei Personalveränderungen in der Gesellschaft noch angelegentlicher als das alte nach möglichster Konservierung des Geschäftes trachtet (vergl. die neue Bestimmung des § 142), so muss es in seinem Sinne liegen, einen Ausweg zu finden, auf welchem der Gesellschaft die Nachteile einer Auseinandersetzung erspart bleiben. Hier ist die analoge Anwendung des § 57 C.-P.-O. zu helfen geeignet. Hat man es sogar für zulässig erachtet[1]), dass die Gesellschaft als zukünftige Verklagte die Bestellung eines Vertreters beantragt, so wird man ihr dies Antragsrecht um so eher geben müssen, wenn sie als Klägerin auftreten will, mag dies auch im Gesetze nicht ausdrücklich vorgesehen sein. Es entspricht Erwägungen der Billigkeit einer- und der Zweckmässigkeit andererseits, wenn man einer Partei, die ihr Recht klagend verfolgen will, dazu verhilft, dies Ziel unter möglichster Schonung ihrer sonstigen Interessen zu erreichen, besonders wenn es sich, wie in den Fällen der hier zu erwägenden Art immer, auf der Gegen-

1) Wilmowski und Levy, Komm. zur C.-P.-O. V. Anfl. 1889, A. 2 zu § 55.

seite lediglich um formelle Chikane handelt. Der erforderliche Antrag würde entsprechend dem in den §§ 117, 127, 140 und sonst beobachteten Prinzip des Hgb. von sämtlichen Mitgesellschaftern zu stellen sein. Wird ihm entsprochen und vom Gericht ein Prozessvertreter bestellt, so kann dieser nun die Absichten der Gesellschaft verwirklichen, während doch das Missliche einer Abschichtung vermieden bleibt.

§ 5. Die Haftung gegenüber dem Gesellschafter[1]).

Die zweite, materiell wichtige Frage, welche für den Prozess zwischen Gesellschaft und Gesellschafter in Betracht kommt, dreht sich darum, ob der Einzelne seinen Mitgesellschaftern gegenüber die im § 128 statuierte Solidarhaft derselben geltend machen, oder ob er sich nur an die Firma, die Gesellschaft als solche, halten kann. Sie wird sich wesentlich kürzer erledigen lassen als jene erste nach der Vertretung der Gesellschaft.

Bei Einigkeit zwischen den Gesellschaftern ist der gewöhnliche Verlauf der, dass eine Gesellschaftsschuld an ein Mitglied aus dem Fonds der Gesellschaft bezahlt und dann als Passivum auf die Konten der einzelnen Sozien verteilt wird, wobei auch der Gläubigersozius gemäss §§ 722 B. G.-B. 121 H.-G.-B. zu seinem Teile kontribuiert. Wie aber, wenn die Zahlung aus der Gesellschaftskasse verweigert wird, oder die letztere zur Zahlung nicht ausreicht? Als eine Erhöhung der Einlage, zu welcher der Gesellschafter vertraglich nicht verpflichtet sei[2]), kann es nicht angesehen

[1]) Eine besondere Bemerkung im Texte über die Haftung des Einzelnen gegenüber der Gesellschaft erübrigt sich. Denn, dass der Gesellschafter stets den vollen Betrag seiner Schuld bezahlen muss und nicht in Abzug bringen darf, was davon auf ihn selbst entfallen würde, erscheint so selbstverständlich, dass es keiner besonderen Erörterung bedarf. Hervorgehoben ist es bei Renaud, p. 343. und Lehmann, Note 6 zu § 113.

[2]) Staub A. 24 zu § 128; Planck, Erläut. zu § 713. Für die vertraglichen Rechtsverhältnisse auch Cosack p. 556.

werden, wenn er dem ihn angreifenden Mitgesellschafter die Gesellschaftsschuld bezahlt. Denn nicht als Einlage, sondern als Auslage, als Aufwendung im Sinne des § 110, stellt sich eine solche Zahlung dar. Die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts [1]) gesteht denn auch dem einzelnen Gesellschafter das Recht zu, wegen seiner Forderungen an die Gesellschaft die Sozien in Anspruch zu nehmen. Die Einschränkung jedoch, unter welcher dem Gläubigergesellschafter dies Recht gewährt wird, weist darauf hin, dass jene Auffassung eine falsche und, wenn auch vielleicht der Billigkeit entsprechend, doch mit den Bestimmungen des Gesetzes nicht zu vereinigen ist. Der auf Grund der Solidarhaft belangte Mitgesellschafter soll nämlich berechtigt sein, von der Forderung des Klägers denjenigen Betrag in Abrechnung zu bringen, zu welchem der Letztere seinerseits an dem durch die Bezahlung der vollen Gesellschaftsschuld gebildeten Verlust teilzunehmen hat. Das ist eine Einrede aus dem Gesellschaftsvertrage, denn die Teilnahme am Verlust ist eine vertragliche Pflicht, wie die Teilnahme am Gewinn ein vertragliches Recht des Einzelnen ist. Dieselbe Einrede ist aber zugleich eine solche aus der Person des Angegriffenen. Denn was sich auf den Vertrag bezieht, berührt das persönliche Verhältnis der Kontrahenten, Rechte aus dem Vertrage stehen der Person jedes derselben gegen jeden der anderen zu. Damit aber sind wir auf den Boden des § 129 geführt, welcher Einreden aus der Person des wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommenen Gesellschafters für zulässig erklärt, und müssen nun von hier aus zu dem Resultat zu gelangen, dass die Solidarhaft für die Gesellschaftsschulden inter socios keine Anwendung finden kann[2]). Denn auf Grund des § 129 kann sich der

[1]) Rg. 36, 63.

[2]) Im Resultat übereinstimmend Staub a. a. O. Behrend p. 537. Makower A. 43a. zu Art. 112. Renaud p. 402. Für die ausservertraglichen Rechtsverhältnisse nimmt Gierke, Genossenschaftstheorie

Angegriffene zunächst ganz allgemein auf die Geltendmachung seiner Sozialqualität beschränken; er rollt damit die ganze Reihe der vertraglichen Beziehungen zwischen sich und dem Gegner auf und kann sich dann zu seiner Verteidigung auf diejenigen Einzelbestimmungen des Vertrages berufen, die dem Rechte des Angreifers entgegenstehn. Wenn also ein derart in Anspruch genommener Gesellschafter einen Teil der Gesellschaftsschuld mit dem Hinweise auf den Vertrag zu zahlen verweigern kann, so kann er auch die Zahlung der ganzen Schuld unter Hinweis auf denselben Vertrag ablehnen, nach welchem er ja nicht verpflichtet ist, Gesellschaftsschulden zu bezahlen[1]). Denn wenn diese Verpflichtung einmal an ihn herantritt, so beruht das nicht auf dem Verhältnis der Sozien zu einander[2]), sondern ergiebt sich aus den gesetzlichen Vorschriften über ihre Stellung zu dritten Personen. So schliesst für die Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter der § 129 die Anwendung des § 128 aus, und dem entspricht es, wenn derselbe § ausdrücklich vorschreibt, dass auch die Beitreibung einer dem Mitgliede gegen die Gesellschaft als solche zugesprochenen Forderung sich nur gegen die Gesellschaft, d. h. das Gesellschaftsvermögen, nicht aber gegen die einzelnen Mitgesellschafter richten darf. Es ist jedoch gleich hier zu bemerken und soll weiter unten noch ausführlicher erörtert werden, dass dieser Ausschluss der Solidarhaft der Gesellschafter nur durante societate gilt. Einreden aus dem Vertrage können

p. 541, uneingeschränkte Solidarhaft der Mitgesellschafter an. Ebenso Cosack p. 557. Lehmann, Note 5 zu § 109, nimmt hier zwar auch Solidarhaft an, aber nur mit den aus dem Sozietätsverhältnis sich ergebenden Beschränkungen; Note 12 zu § 128. Das bedeutet aber nichts Anderes als die Übereinstimmung mit der im Text vertretenen Ansicht. Denn zu den aus dem Gesellschaftsverhältnis sich ergebenden Einreden gehört eben in erster Linie diejenige, das der Angegriffene zur Bezahlung der Gesellschaftsschulden nicht verpflichtet sei.

[1]) So auch v. Hahn § 5 a. a. O.

[2]) v. Hahn § 3 zu Art. 92.

naturgemäss nur solange gelten gemacht werden, als der Vertrag selbst in Kraft ist. Ist daher das Gesellschaftsverhältnis etwa durch den Konkurs oder die Liquidation der Gesellschaft aufgelöst, so hat der Einzelne damit den Zugriff auf das Privatvermögen seiner Mitgesellschafter freibekommen. Denn nun verbindet ihn mit diesen letzteren nichts mehr, was als negativer oder positiver Vertragsinhalt seinem Angriffe entgegengehalten werden könnte.

Kapitel III.

Die auf dem Vertrage beruhenden Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter im Besonderen.

Wie die aussergesellschaftlichen können auch die auf dem Gesellschaftsvertrage beruhenden Beziehungen zwischen der Gesellschaft und dem einzelnen Gesellschafter den verschiedenartigsten Inhalt haben. Während jene jedoch — abgesehen von den im vorigen Kapitel dargestellten, beiden Gruppen gemeinsamen Besonderheiten — lediglich den allgemeinen Regeln des Obligationen- und des Sachenrechtes unterstehen, gilt für diese eine Reihe von Spezialbestimmungen, welche in der Eigenart des Gesellschaftsverhältnisses ihre Erklärung finden und eine eingehende Untersuchung erfordern. Anknüpfend an die im § 2 sub. III gemachte Unterscheidung werden wir dabei zunächst diejenigen beiderseitigen Ansprüche behandeln, welche sich aus dem Gesellschaftsvertrage unmittelbar ergeben, und sodann jene zweite Reihe von Berechtigungen daran schliessen, welche, in erster Linie zwischen den einzelnen Sozien begründet, erst mittelbar, in ihren praktischen Konsequenzen, einen Gegensatz zwischen Gesellschaft und Gesellschafter hervortreten lassen.

§ 1. Der Beitrag.

Zum Wesen jeder Vereinigung gehört eine Vielheit von zusammenwirkenden Kräften, auf wirtschaftliche Verhältnisse bezogen also von zusammenwirkenden Produktiv-

faktoren. Als solche kommen in Betracht Kapital und Arbeit, oder wie der, besonders in den Zusammensetzungen mit socius sich durch Kürze empfehlende römische Ausdruck lautet, pecuniae et operae[1]). Die Art und Weise des Zusammenwirkens beider wird frei durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt, der unter Berücksichtigung der wirthschaftlichen Leistungskraft und der technischen Fähigkeiten jedes Einzelnen die Beteiligung des Einen vielleicht auf pecuniae (socius pecuniae), die des Anderen auf operae (socies operae) beschränkt und vom dritten gar beides zugleich verlangt (socius operae et pecuniae). Der Regel nach wird dabei nicht nur die Qualität, sondern auch die Quantität der Leistung genau fixiert; für den allerdings wohl nur seltenen Fall, dass die diesbezüglichen Bestimmungen zweifelhafter Natur sind, bestimmt das Gesetz, dass sich sämtliche Sozien gleichmässig mit Kapital und Arbeit zu beteiligen haben. B. G.-B. § 706[2]).

I. Wie diese „Einlageteilung“[3]) nun aber auch im Einzelnen vorgenommen sein mag: was jeder im Vertrage[4]) zu leisten übernommen hat (Beitrag, Einlage i. w. S.), das kann und muss die Gesellschaft auch von ihm verlangen, wenn anders sie überhaupt im Stande sein will, ihre Zwecke zu erfüllen[5]). In gleicher Weise wie daher der

---

[1]) fr. 29 pr. Pro socio 17,2.

[2]) Nach bisherigem Recht war dies streitig. Dafür Lastig p. 350, Dernburg a. a. O. p. 654 u. A. 2 ibid. v. Górski p. 18. Dagegen Staub V. Aufl. § 1 zu Art. 92.

[3]) Lastig p. 359.

[4]) Dass im Übrigen bei gänzlichem Mangel an Bestimmungen über die Beitragspflicht eine Gesellschaft überhaupt nicht zu Stande gekommen ist, folgt aus der Wesentlichkeit dieser Pflicht. Staub, A. 3. zu § 105. Neumann A. 2a. zu § 705. Etwas anders ist es, wenn Gierke, Genossenschaftstheorie p 535, und Labaud Bd. 30 p. 518 betonen, dass die Gesellschaft ohne jede Einlagepflicht bestehen kann. Denn die in der Zuwendung von Vermögenswerten bestehende Einlage ist nur eine Art des Beitrags.

[5]) So unbestreitbar und selbstverständlich der Satz Cosacks erscheint: „Ist ein Gesellschafter mit der Einzahlung seiner Einlage im

socius operae seine vertragsmässigen Dienste der Gesellschaft nicht vorenthalten darf[1]), ist auch der socius pecuniae seinerseits verpflichtet, seine in irgend welcher Vermögenszuwendung bestehende Einlage (i. e. S.) zunächst rechtzeitig und ihrem vollen Umfange nach zu prästieren und sie dann auch so unangetastet der Gesellschaft zu belassen. Infolgedessen ist er nicht befugt, sie ohne deren Erlaubnis wieder zu vermindern[2]), ein Verbot, das sich im Laufe des Geschäftsbetriebes auf seinen ganzen Anteil am Geschäftsvermögen oder, wie das neue HgB. sagt, seinen „Kapital-

---

Rückstande, so ist nicht die Einlage selber, wohl aber das Recht auf deren Einzahlung ein Gesellschaftsaktivum" (p. 567) — Adler ist anderer Meinung. „Die Verpflichtung zur Illation ist noch keine Illation. Das pactum de inferendo erzeugt keine Aktiven des Gesellschaftsvermögens" (p. 98). Und diesen verblüffenden Schluss aus der unanfechtbaren Prämisse des ersten Satzes findet Adler noch „selbstverständlich"! Als ob Forderungen zu Aktiven eines Vermögens erst würden, wenn sie bezahlt sind. — Vergl. aber, allerdings für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, auch Planck A. 2b zu § 705: „Die Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters (zur Leistung des Beitrages) besteht nicht gegenüber der Gesellschaft als solcher, sondern gegenüber den anderen Gesellschaftern" und noch schroffer A 2 zu § 718: „Nicht zum Gesellschaftsvermögen gehören die Ansprüche gegen die einzelnen Gesellschafter auf Leistung von Beiträgen."

[1]) Dem widerspricht es nicht, wenn der § 712 Abs. 2 B. G.-B. dem Gesellschafter, also auch dem socius operae, dessen Beteiligung vertragsgemäss ausschliesslich in der Führung der Gesellschaftsgeschäfte besteht, gestattet, die Geschäftsführung zu kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Denn der Gesellschafter kündigt hier mit der Geschäftsführung seine Beteiligung an der Gesellschaft überhaupt, sodass in solchem Falle die Kündigung aus § 712 Abs. 2 mit der an dieselbe Voraussetzung des „wichtigen Grundes" geknüpften Kündigung aus § 723 Abs. 1 Satz 2 identisch sein würde.

[2]) Für mit dieser Erlaubnis auf sein Konto entnommene Gelder werden dem Betreffenden 4% Zinsen zur Last geschrieben, wodurch die unten zu besprechende Verzinsung der Einlage seitens der Gesellschaft reguliert wird. Das kommt besonders bei Sozietätsverhältnissen in Betracht, in welchen die Gesellschafter die Gelder für ihren Privatbedarf aus der Gesellschaftskasse entnehmen; vergl. Prot. p. 1022.

anteil“[1]) ausdehnt. § 122 Abs. 2. Nur höchstens 4% Zinsen für das laufende Jahr und, wenn dies ohne offenbare Schädigung des Gesellschaftsinteresses geschehen kann, den auf ihn entfallenden Gewinnanteil des letztverflossenen Jahres darf er der Kasse entnehmen[2]). Das Recht auf Entnahme jener 4% ist allerdings absolut und nicht an die Voraussetzungen geknüpft, unter denen allein ihm am Schlusse des Jahres, wie wir unten sehen werden, 4% gutgeschrieben werden können. § 122 Abs. 1. Weiter als der Vertrag reicht dann aber auch die Berechtigung der Gesellschaft in dieser Richtung nicht. Sie kann daher z. B. nicht ohne weiteres verlangen, dass der socius pecuniae seine Einlage über den kontraktlich festgesetzten[3]) Betrag erhöhe oder auch nur die durch Verlust verminderte ergänze. § 707 B. G.-B.[4 5])

[1]) Über den Grund dieser sprachlichen Änderung vergl. Denkschrift p. 130.

[2]) Über den Unterschied des alten und des neuen Rechtes in diesem Punkte vergl. Staub A. 1a. zu § 122. Cosack p. 554b u. c; über die verschiedene Buchung dieser und der in Anm. 2 auf Seite 49 erwähnten Abhebung vergl. Staub A. 5 zu § 120 und unten § 2a C.

[3]) Was im Falle der Anm. 2 auf Seite 48 (siehe den dazu gehörigen Text) in dieser Beziehung Rechtens, siehe bei A. u. V. p. 137f.

[4]) Aus demselben Grunde ist aber auch dem Gesellschafter das Recht versagt, einseitig seine Einlage zu erhöhen. Auch dazu bedarf es, mit einziger Ausnahme des im § 120 Abs. 2 vorgesehenen Falles, der allgemeinen Beistimmung, die aber wohl stets gerne gewährt werden wird. v. Hahn § 1 u. 2 zu Art. 92. A. u. V. p. 136 Renaud. p. 222 u. A. m.

[5]) Die Bestimmung des § 707 B. G.-B. gilt wie für die in das Eigentum der Gesellschaft übergegangenen so auch für die ihr blos zum Gebrauch überlassenen Bestandteile der Einlage. Soweit dieselben vermindert sind, werden sie dem Inferenten aber natürlich auch weder verzinst noch vergütet. Vergl. Anm. 3 auf Seite 56.

Ob dieser letztere indessen z. B. in dem dort erwähnten Falle nicht gleichwohl verpflichtet sei, ein etwa gefallenes Pferd durch ein neues zu ersetzen, ist nach den Vertragsbestimmungen zu beurteilen. Hat er sich also ganz allgemein verpflichtet, „ein Paar Pferde“ für die Gesellschaft arbeiten zu lassen, so wird jene Frage zu bejahen sein. Heisst es dagegen in dem Vertrage, der betr. Sozius solle

Das würde eine Änderung des ursprünglichen Vertragsinhaltes bedeuten, und eine solche kann — das liegt im Wesen des Vertrages — nur durch consensus omnium sanktioniert werden: Mehrheitsbeschlüsse sind, falls nicht im Vertrage ausdrücklich zugelassen, für die oHg. ohne Bedeutung. Dass auch von einer Verpflichtung des Einzelnen gegenüber der Gesellschaft, ihre Schulden zu bezahlen, keine Rede sein kann, ist bereits früher bemerkt worden. Wenn aber auch nicht zur Vollzahlung beliebiger Gesellschaftsschulden aus eigener Tasche, so ist der Einzelne doch immer zur anteilsweisen Tragung des Verlustes verpflichtet, welchen das Unternehmen im Ganzen gebracht hat. Die Frage, ob diese Verpflichtung Beziehungen des Einzelnen zur Gesellschaft begründet, d. h. ob auf Grund ihrer die übrigen Gesellschafter von ihm eine Leistung zur gemeinsamen Kasse verlangen können, ist durante societate jedenfalls mit Nein zu beantworten. Denn bei bestehender Sozietät wird der auf den Einzelnen entfallende Verlustanteil auf Grund alljährlicher Berechnung von seinem Kapitalanteil abgeschrieben, ohne dass mit Aufstellung der Bilanz die Gesellschaft einen sofort klagbaren Anspruch auf Zahlung der betreffenden Summe gegen ihn erwürbe. Wie aber, wenn das Sozietätsverhältnis gelöst und dabei festgestellt wird, dass das Kapitalkonto des Einzelnen infolge der jährlichen Verlustabschreibungen mit einem Passivsaldo abschliesst? Die nunmehr dahin zugespitzte Frage, ob dieser Passivsaldo von der Gesellschaft oder nur von den einzelnen Mitgesellschaftern eingeklagt werden kann, ist verschieden zu beantworten, je nach den Umständen, unter denen die Beziehungen zwischen dem Einzelnen und der Gesellschaft ein Ende nehmen. In Betracht

„seine Wagenpferde" im Dienste der Gesellschaft verwenden, so hängt es ja ganz von seinem Belieben ab, ob er sich nach Abgang der alten überhaupt noch wieder neue Wagenpferde anschaffen will, und jene Frage wird man mithin verneinen müssen. Vergl. v. Hahn § 6 zu Art. 92.

kommen dabei die partielle und die totale Auflösung der oHg. überhaupt und zwar als verschiedene Modalitäten der letzteren das Konkursverfahren und die Liquidation. Da diese Materien aber erst später erörtert werden können, so muss auch die Beantwortung jener Frage ausgesetzt werden, bis wir zu ihnen gelangen. — Was die Mittel angeht, welche der Gesellschaft für den Fall einer Verletzung der bisher genannten Pflichten gegen das schuldige Mitglied zu Gebote stehen, so ist hier einmal der Ausschluss von der Mitgliedschaft (§ 133 Abs. 2) zu nennen, von dem wir ebenfalls weiter unten noch das Nähere zu reden haben werden, der aber nur in schweren Fällen zur Anwendung kommt. Wichtiger ist die Ersatzpflicht des betreffenden Gesellschafters für jeden durch sein Verschulden entstandenen Schaden[1]), wozu noch für den socius pecuniae infolge der Besonderheit seiner Leistung die Verpflichtung tritt, Verzugszinsen zu zahlen und zwar vom Fälligkeitstermine an in der gesetzlichen Höhe von 5%. §§ 111, 352.

II. Steht somit nun das Forderungsrecht der Gesellschaft gegen den zu Beiträgen welcher Art auch immer verpflichteten Gesellschafter fest, so fragt es sich weiter, welcher Art das Recht sei, das ihr an dem geleisteten Beitrage gegenüber dem bisherigen Rechte des Inferenten zusteht. Das hier allein in Betracht kommende Objekt dieses Rechts ist der Beitrag des socius pecuniae (Einl. i. e. S.), welcher der Gesellschaft Vermögensstücke aller Art, wie baares Geld, Liegenschaften, verbrauchbare oder vertretbare, unverbrauchbare oder unvertretbare Sachen zuwendet, — und was die fragliche Natur des Rechtes selbst betrifft, so kann es sich dabei nur um Eigentum oder Gebrauchsrecht, um die Frage: wird die Gesellschaft Eigentümerin oder nur gebrauchsberechtigt? — handeln. Entscheidend hierfür ist naturgemäss in erster Linie der übereinstimmende Wille der Gesell-

[1]) Art. 94 Hgb. und dazu Denkschrift p. 128.

schafter[1]). Von ihm hängt es ab, ob z. B. ein Grundstück in das Eigentum der Gesellschaft übergehen oder von ihr blos in thatsächliche Benutzung genommen werden, der bisherige Eigentümer aber dies auch weiterhin bleiben soll. Dass es ausser solcher Einigung dann noch der Beobachtung der vom bürgerlichen Recht vorgeschriebenen Formen bedarf, damit die Gesellschaft nun auch wirklich Eigentümerin werde, dass also bei beweglichen Sachen die Übergabe, bei Grundstücken die Auflassung zu Händen der Gesellschaftsvertretung erfolgen muss, versteht sich von selbst[2]). Es ist jedoch möglich, dass die Absicht der Kontrahenten aus dem Vertrage nicht mit genügender Deutlichkeit zu ersehen ist, und in diesem Falle greifen die Auslegungsregeln des § 706 B. G.-B. ein. Demnach kommt es auf die rechtliche Qualität des einzubringenden Gegenstandes an. Handelt es sich um vertretbare Sachen, so soll im Zweifel angenommen werden, dass dieselben der Ge-

[1]) Die „objektive Theorie", welche Adler, p. 95 ff., der im Text ausgesprochenen „subjektiven" gegenübergestellt, bedeutet einesteils keine praktische Neuerung und widerspricht anderenteils sich selbst. Denn das der Illationswille allein die sonstigen vom bürgerlichen Recht statuierten Voraussetzungen des Eigentumsüberganges nicht ersetzen könne, musste richtigerweise auch nach bisherigem Recht schon anerkennen, wer im Übrigen davon ausging, dass der Wille der Gesellschafter wie für die Regelung der gesellschaftlichen Verhältnisse überhaupt so auch in Beziehung auf das gemeinschaftliche Vermögen massgebend sei So vor Allen Laband Bd. 31 p. 6 und p. 33 ff: auch Renaud p. 219; Jaeger, Konkurs p. 102, 3. Wenn Adler dann aber weiter „eine als Darlehn, als Kaufobjekt bezeichnete Zuwendung eines Gesellschafters auch als Illation" ansieht (p. 106) und damit den animus der Zuwendung in einer absolut unzulässigen Weise ignoriert, so widerspricht er der eigenen, zweifellos richtigen These, dass sich die Einbringung et animo et corpore vollziehe. Zur weiteren Kritik Adlers, auch bezüglich seiner in Anm. 5 auf Seite 48 erwähnten Lehre, vergl. Jaeger, Konkurs p. 30 ff.

[2]) Jedenfalls nach neuem Recht: Denkschrift p. 127. Aber auch nach altem Recht war dies die richtige Auffassung. Vergl. vor. A. und ferner Behrend p. 483, 4; Rg. 31, 29.

sellschaft zu Eigentum übertragen werden sollen. Das gründet sich darauf, dass in solchem Falle der Inferent an der Rückgewähr grade der hingegebenen Species in der Regel kein Interesse mehr hat und mit dem Anspruche auf den dereinstigen Wertersatz genügend entschädigt erscheint. Infolgedessen gilt jene Auslegungsregel bei nicht verbrauchbaren und nicht vertretbaren Sachen nur dann, wenn sie vertragsgemäss nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht blos für die Gewinnverteilung bestimmt ist. Denn hier hat die Spezies als solche ihren bestimmten, nicht ohne weiteres ersetzbaren Wert; ihre dauernde, definitive Entäusserung kann daher erst vermutet werden, wenn eine dahin gehende Absicht aus der Art, in welcher die Sache schätzungsweise im Vertrage aufgeführt wird, deutlich erhellt. Das aber ist dann der Fall, wenn der betreffende Gegenstand nach seinem augenblicklichen Kaufwerte (venditionis causa), nicht gleichsam als hinzugebendes Kapital nach dem Ertragswerte (taxationis causa) abgeschätzt worden ist[1 2]). Soweit der Einzelne hiernach verpflichtet ist, der Gesellschaft das Eigentum an den inferierten Gegenständen zu übertragen, haftet er für die etwaigen Mängel der letzteren gemäss §§ 445, 493 B. G.-B. wie ein Verkäufer.

§ 2. Der Anteil am Gewinn und der Anspruch auf die Auseinandersetzungssumme.

Die Förderung des gemeinsamen Unternehmens ist für den Einzelnen nur ein Umweg, auf welchem er dem eigenen

---

[1]) Gute Erläuterung des immerhin schwierigen Unterschiedes beider Schätzungsarten bei v. Hahn § 2 zu Art. 91.

[2]) Der Streit, welcher sich an die disjunktive oder konjunktive Auffassung des „oder" in Art. 91 knüpfte, ist durch die Fassung des § 706 Abs. 2 B. G.-B. nicht beseitigt, da auch das „und" zwischen „nicht vertretbaren" und „nicht verbrauchbaren" daselbst beider Auslegungen fähig erscheint. Im Übrigen soll die Frage ihrer geringen praktischen Bedeutung halber hier nicht näher erörtert werden. Vergl. aber Thöl p. 311, 312; v. Hahn § 2 A. 3 zu Art. 91; Lastig p. 252 ff. und Behrend p. 485 A. 19.

Nutzen zu dienen bestrebt ist. Legt daher die Gemeinschaft, die er eingegangen, dem Gesellschafter einerseits Verpflichtungen auf, ohne deren genaue Erfüllung sie ausser stande wäre, den Zweck, der zu ihrer Entstehung geführt hat, zu realisieren, so muss andererseits dieser Zweck für ihn Vorteile enthalten, die es wert erscheinen liessen, dass er jene Verbindlichkeiten übernahm, m. a. W. er muss nicht blos Pflichten, sondern auch Rechte gegen die Gesellschaft haben.

I. Wie nun der Zweck des ganzen Unternehmens, so ist auch die Absicht des daran beteiligten Einzelnen auf pekuniären Erfolg als Lohn, sei es für persönliche Dienstleistungen, sei es für Kapitalbeteiligung, gerichtet. Er hat also zunächst Anspruch auf einen entsprechenden Anteil an dem von der Gesellschaft erzielten Gewinne. Letzteren ergiebt die am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres aufzustellende Bilanz (§§ 39 Abs. 2, 120), d. h. er wird durch das nach Abzug der Betriebs- und Amortisationskosten von Gesellschaftsschulden sich ergebende Plus dargestellt, um welches sich das Anfangskapital des betr. Jahres vermehrt hat — wie der Verlust durch das entsprechende Minus. Die Verteilung des so ermittelten Gewinnes unter die Einzelnen reguliert sich nach dem Gesellschaftsvertrage, welcher die Grösse des Gewinnanteils gewöhnlich nach dem Werte des Beitrages bemessen wird. Doch geniesst der Vertrag bezüglich der betr. Bestimmungen derselben Freiheit wie bei der Vornahme der Einlageteilung, sodass die Anwendung auch anderer Massstäbe für die Berechnung in das Belieben der Beteiligten gestellt ist. Natürlich müssen dieselben aber den Anforderungen der Sittlichkeit einer- und dem Wesen des Institus andererseits entsprechen. Gegen jene würde jede „die Unredlichkeit eines Gesellschafters privilegierende Abrede“ [1]) verstossen, und dem letzteren würde eine Verteilung von Gewinn und Verlust

1) Behrend p. 467, 68 u. A. 6 ibid.

nach Art der societas leonina [1]) (d. h. so, dass ein Gesellschafter nichts vom Gewinne zu erhalten, aber allen Schaden zu tragen hat) widersprechen. Die Verteilung des Verlustes kann zufolge jener Vertragsfreiheit nach anderen Grundsätzen wie die des Gewinnes normiert sein: giebt der Vertrag jedoch nur Regeln für diese letztere, so gelten dieselben für jene mit [2]). Für den Fall, dass der Gesellschaftsvertrag weder die eine noch die andere regeln sollte, bestimmt das Gesetz, dass Gewinn und Verlust nach Köpfen zu verteilen sind. § 121 Abs. 3 Dies gilt jedoch in Ansehung des Gewinnes nur von demjenigen Teile desselben, welcher nach Abzug eines Zinsbetrages von je 4 vom Hundert jeder Einlage [3]) übrig bleibt. Diese 4% gebühren dem socius pecuniae vorweg, jedoch, falls der Vertrag dies nicht ausdrücklich vorschreibt, nicht mehr in der Weise des alten Hgb.'s [4]), nach welchem sie als feste Vergütung eventuell auf Kosten der socii operae gewährt werden mussten, auch wenn die Jahresbilanz mit Verlust abschloss, sondern lediglich als eine Art „Vorzugsdividende" [5]), welche nur zur Verteilung gelangt, soweit der Jahresgewinn dazu ausreicht, unter Umständen also nur teilweise oder

---

[1]) Lastig p. 370; Staub A. 2 zu § 109; G. u. F. p. 213 Bem. 6a E. p. 218 Bem. 27, p. 235, 6 Bem. 9.

[2]) G. u. F. p. 235 Bem. 90. Lastig p. 370.

[3]) Soweit die Einlage nicht in Geld besteht, wird sie dem Inferenten zu ihrem Geldwerte gutgeschrieben und entsprechend verzinst. Für blos zum Gebrauch überlassene Gegenstände wie z. B. ein Gespann Pferde, das ein Sozius für die Gesellschaft arbeiten, Fuhren besorgen u. s. w. lässt, aber sich zu Eigentum vorbehält, wird dem Betreffenden entweder eine bestimmte jährliche Entschädigungssumme, etwa unter dem Titel des Mietszinses, oder der gesetzliche Zins von der Taxsumme (aestimatio taxationis causa) gezahlt. Vergl. v. Hahn Vorbem. zu Art. 106 — 109 § 9; G. u. F. p. 234 Bem. 85; Lastig p. 356, 368; Behrend p. 501 A. 8, R.-G. 2, 306, 7.

[4]) Über diesen Unterschied des alten und neuen Rechts und die Gründe, welche zu der im Text erwähnten Neuerung geführt haben, vergl. Denkschrift p. 130.

[5]) Cosack p. 552.

auch garnicht. § 121 Abs. 1. Soweit der Erfolg des Unternehmens es hiernach gestattet, werden jene Zinsen dem Gesellschafter gutgeschrieben und, falls er sie nicht im Laufe des Jahres abhebt, — worauf er, wie wir bereits gesehen haben, ein Recht hat — seine Einlage erhöhend gleich dieser weiter verzinst. § 120 Abs. 2. In derselben Weise wird auch mit dem die Zinsanteile noch überschiessenden Gewinn verfahren. Da nun aber in dieser Beziehung der socius operae ebenso berechtigt ist wie der socius pecuniae, so ergiebt sich daraus nicht blos für den Letzteren eine doppelte Erhöhung seiner ursprünglichen Einlage — um den Zins- und den übrigen Gewinnanteil — sondern auch für den ersteren eine ganz neue Einlage. Beide bilden den am Schlusse des ersten Geschäftsjahres festzustellenden Kapitalanteil hier des socius operae, dort des socius pecuniae, und vermehren sich von nun an in gleicher Weise durch Verzinsung und sonstigen Gewinn — falls sie sich nicht entweder blos auf derselben Höhe erhalten oder gar vermindern.

II. Dem Anspruche der Gesellschaft auf vertragsmässige Leistung der zugesicherten Einlage steht also ein Anspruch des Gesellschafters auf entsprechende Beteiligung an dem mit Hilfe jener Einlage erzielten Gewinne gegenüber. Haben wir aber ferner von jenem Rechte der Gesellschaft auf die Einlage ein solches an derselben unterschieden, so wird es im folgenden unsere Aufgabe sein, auch zu diesem letzteren das korrespondierende Recht des Gesellschafters zu untersuchen. Dabei werden wir nicht nötig haben, die Unterscheidung zwischen socius operae und socius pecuniae festzuhalten. Sie haben ja beim Beginn des zweiten Geschäftsjahres — vorausgesetzt, dass im ersten mit Gewinn gearbeitet wurde — beide eine Einlage, stehen also in dieser Beziehung jetzt einander gleich. Jenes Recht der Gesellschaft an der vom Einzelnen geleisteten Einlage stellte sich uns als Eigentums- oder Gebrauchsrecht dar. Soweit letzteres der Fall, bleibt, wie

schon bemerkt, der Gesellschafter natürlich Eigentümer, sodass wir hier nichts weiter hinzuzusetzen brauchen. Anders dagegen, wenn der Gesellschaft, wie doch in der Mehrzahl der Fälle, das Eigentum zusteht. Hier hat der Inferent — wir haben dies bereits im vorigen Kapitel hervorgehoben — jegliches Recht an der Sache selbst verloren und dafür nun ein reines Forderungsrecht[1]) eingetauscht. Dieses Forderungsrecht hat indes zwei Eigentümlichkeiten, die beide in der Gebundenheit der Einlage an die Zwecke und das Schicksal der Gesellschaft ihre Erklärung finden: einmal, dass es erst bei Auflösung der Gesellschaft realisierbar, und zweitens, dass auch der Gegenstand desselben erst in diesem Augenblicke konkret wird. Und zwar ist dieser letztere nun jene Einlage, soweit sie im Moment der Auflösung resp. Auskehrung (worüber später) durch Gewinn erhöht und durch Verlust oder berechtigte Abhebungen aus der Gesellschaftskasse gemindert erscheint, nämlich erscheint als Aktivsaldo auf dem Kapital-Konto des Betr. Dass während des Bestehens der Gesellschaft der jeweilige Aktivsaldo ebensowenig eine sofort einklagbare Forderung des Konto inhabers gegen die Gesellschaft begründet, wie ein entsprechender Passivsaldo diese letztere zur Klage auf Zahlung berechtigt, folgt, wie gesagt, aus der der Gesamthand charakteristischen Gebundenheit des Einzelnen an die einmal eingegangene Gemeinschaft, kraft deren er nicht ohne weiteres berechtigt ist, Teilung zu verlangen und auf diese Weise seinen Kapitalanteil aus dem Unternehmen herauszuziehen. Es sind daher die Saldi lediglich „fiktive Ziffern“[2]), die dem Sozius seine gegenwärtige, günstige oder ungünstige Stellung in der Gesellschaft veranschaulichen, indem sie die Höhe der Forderungen und Verbindlichkeiten angeben, die ihm in dem angenommenen, thatsächlich aber irrealen Falle einer augenblicklichen Auf-

[1]) Thöl p. 314; R.-G. 18, 45.

[2]) Staub A. 7 zu § 120.

lösung des Sozietätsverhältnisses zustehen resp. obliegen würden.

III. Diese Eigenschaft wohnt dem Saldo nun aber auch nur insoweit inne, als er die Schlusssumme eben des Kapitalkontos darstellt. Es ist nämlich hinsichtlich der auf dem Konto des Einzelnen sich vorfindenden Buchungen überhaupt ein Unterschied zu machen, je nachdem der Kapitalanteil, d. h. die „vermögensrechtliche Grundlage seiner gesellschaftlichen Beteiligung[1])" oder die ausserhalb desselben stehenden, sei es mit ihm auf dem gleichen Boden des Gesellschaftsvertrages oder aus einzelnen besonderen Rechtsgeschäften erwachsenen Ansprüche in Frage kommen[2]). Was für jenen gilt und für die Zu- und Abschreibungen, die ihn im Laufe der Jahre vergrösseren oder vermindern, dass sie nämlich — mit Ausnahme der Zins- und Gewinnansprüche während des ersten, auf ihre Feststellung im Wege der Bilanz folgenden Jahres — durante societate unklagbar sind, das kann naturgemäss auf die sonstigen gesellschaftlichen Ansprüche ebensowenig Anwendung finden, wie auf die Forderungen und Verbindlichkeiten, welche sich ausserhalb der gesellschaftlichen Beziehungen aus einzelnen besonderen Schuldtiteln zwischen Gesellschaft und Gesellschafter ergeben. Vielmehr kann die Gesellschaft Schadenersatz aus Verstössen gegen das Konkurrenzverbot oder die sonstige Diligenzpflicht ebenso jederzeit von ihm verlangen, wie der Gesellschafter von ihr Ersatz und Verzinsung seiner Aufwendungen zu fordern berechtigt ist. Die Bedeutung dieser rechtlichen Verschiedenheit ist eminent und wird bei der Behandlung des Gesellschaftskonkurses und der Liquidation noch besonders hervortreten. Wenn es daher auch in der Praxis nicht immer geübt wird, so ist es doch jedenfalls für die theoretische

---

[1]) Staub A. 4 zu § 117.

[2]) Dieselbe Unterscheidung bei Lehmann Note 2 zu § 120.

Erörterung unerlässlich, sie durch die genaue Unterscheidung eines Kapital- und eines Separatkontos auch äusserlich zu markieren[1]). Worin der Gegensatz zwischen beiden besteht, erhellt aus dem bisher Gesagten: er liegt in der verschiedenen Bedeutung des Saldos, der dort nur eine fiktive Ziffer darstellt, hier dagegen einen Forderungsbetrag, welcher von dem Kontoinhaber oder gegen ihn jederzeit einklagbar ist. — Die Frage, gegen wen sich, wenn fällig geworden, der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben richtet, ob gegen die Gesellschaft oder gegen die einzelnen Gesellschafter, ist bisher absichtlich noch gar nicht aufgeworfen, wie wir ja auch die Beantwortung der entsprechenden Frage bezüglich des schliesslichen Passivsaldos auf später vertagt haben. Beide werden vielmehr erst zu erörtern sein, wenn von der Endigung der uns beschäftigenden Rechtsverhältnisse die Rede sein wird. Wie wir es daher hinsichtlich des Passivsaldos gethan haben, begnügen wir uns auch hier vorläufig mit der Feststellung, dass durante societate jedenfalls der jeweilige Aktivsaldo keine Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft bildet.

§ 3. Die Ansprüche aus der Geschäftsführung und der Diligenz.

Mit den Beziehungen, welche ihn in einen Gegensatz zur Gesellschaft bringen, ist nun aber, wie bereits angedeutet, die Summe der Rechte und insbesondere der Pflichten, welche dem Einzelnen aus dem gesellschaftlichen Verhältnis überhaupt erwachsen, noch nicht erschöpft. Sind vielmehr die Berechtigungen und Verpflichtungen jener ersten Kategorie ihrem Wesen nach pekuniärer Natur, so entspricht es der Eigenart der Sozietät, dass sie auch das persönliche Verhalten, die persönliche Thätig-

[1]) Staub a. a. O. A. 5 zu § 120 u. passim. Die gleiche Unterscheidung, wenn auch mit abweichender Abgrenzung, macht Laband Bd. 31, p. 24.

keit ihrer Mitglieder für ihre Zwecke in Anspruch nimmt. Dass die Geschäftsführung und die Diligenz, um welche es sich hier vornehmlich handelt, unmittelbar keinerlei Beziehungen zwischen dem Einzelnen und der Gesamtheit begründen, haben wir an anderer Stelle schon festgestellt. Hier soll nunmehr dargelegt werden, inwieweit dies mittelbar wenigstens der Fall ist.

I. Hat der Gesellschafter seiner Pflicht zur Leistung der ihm kontraktlich zugewiesenen Einlage Genüge gethan, so liegt es ihm weiterhin ob und ist zugleich sein Recht, nun auch bei der bestimmungsgemässen Verwendung des gewöhnlich doch mit seiner Beihilfe (socius pecuniae) zusammengebrachten Betriebskapitals an seinem Teile mitzuwirken, d. h. er ist zum Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte wie berechtigt so verpflichtet. Dies Recht bezw. diese Pflicht übernehmen die Sozien bei Eingehung ihrer Gemeinschaft im Zweifel gleichmässig, — § 114 — wie ja auch unter derselben Voraussetzung ihre Einlagen die gleichen sind. Häufig bestimmt indes der Vertrag ein anderes, indem nämlich die Geschäftsführung einzelnen unter ihnen als Bestandteil oder ausschliessliches Objekt ihres Beitrages zugewiesen, den übrigen dagegen abgenommen wird. Soweit dem Gesellschafter hiernach die Geschäftsführungsbefugnis zusteht, finden auf sie — ab gesehen von den Bestimmungen der §§ 115, 116, deren Erörterung ausserhalb unserer Aufgabe liegt, — die Regeln des B. G.-B. vom Auftrage Anwendung. § 713 B. G.-B. Aus seiner nach Massgabe des Vertrages und der §§ 115, 116 giltigen Geschäftsführung hat er daher vor allem das Recht auf Anerkennung der betr. Akte seitens der Gesellschaft[1]). Er kann ferner für die objektiv erforderlichen Aufwendungen Vorschüsse von der Gesellschaft verlangen und ist für die einmal gemachten Aufwendungen Ersatz zu fordern berechtigt, selbst wenn sie nur nach seinem begrün-

1) v. Hahn Vorbem. zu Art. 99—104, § 3.

deten subjektiven Ermessen erforderlich waren. §§ 669, 670 B. G.-B. Dazu tritt noch ein weiterer, dem B. G.-B. unbekannter, aber den Bedürfnissen des kaufmännischen Lebens entsprechender[1]) Anspruch, nämlich der auf Erstattung alles Schadens, den er, an seinem Vermögen oder an seiner Person[2]), unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren erleidet, die, wie etwa bei Reisen mit der Eisenbahn, mit derselben unzertrennlich verbunden sind. § 110. Von den Verpflichtungen des Geschäftsführers sind als gegen die Gesellschaft gerichtet nur die zur Herausgabe alles dessen, was er zur Besorgung seiner Geschäfte erhalten und durch dieselben erlangt hat, und zur Verzinsung derjenigen Gelder anzusehen, welche er pflichtwidrig für sich verwendet hat. § 667, 668 B. G.-B. Denn seine übrigen Pflichten, wie sie in den §§ 664—66 enthalten sind, betreffen wieder lediglich sein persönliches Verhalten und haben daher mit der „Gesellschaft" in dem für uns in Betracht kommenden Sinne nichts zu thun. Dass die für den Auftrag geltenden Vorschriften nicht zur Anwendung kommen können, wenn ein Gesellschafter die Thätigkeit des Geschäftsführers ausgeübt hat, ohne hierzu berufen zu sein, dass in solchem Falle vielmehr Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegt, ist ohne weiteres klar. Es folgt daraus, dass der betr. Sozius in der Regel Anerkennung seiner Rechtshandlungen oder Ersatz seiner Aufwendungen und Verluste von der Gesellschaft nicht verlangen kann, ihr im Gegenteil zum Ersatze des etwa entstandenen Schadens verpflichtet ist, selbst wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt. § 678 B. G.-B. Dies gilt jedoch nicht, sofern seine geschäftsführende Thätigkeit lediglich in der Erfüllung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestand. Lag vielmehr diese Erfüllung im öffentlichen Interesse oder handelt es sich um eine gesetzliche Unterhaltspflicht der Gesellschaft, etwa

[1]) Denkschrift p. 128.

[2]) Prot. p. 986.

gegenüber verunglückten Arbeitern, so ist die Ersatzpflicht der Gesellschaft ohne weiteres begründet. § 679. 683 B. G.-B. Für den Fall aber, dass der Gesellschafter eine rein privatrechtliche Schuld der Gesellschaft bezahlt, gilt für ihn statt des § 683 B. G.-B. die günstigere Vorschrift des § 110 Hgb., welcher lediglich von dem „Gesellschafter" ohne Rücksicht auf seine etwaige Geschäftsführungsbefugnis spricht[1]). Die Übernahme der Geschäftsführung brauchte daher nicht dem objektiven Interesse und zugleich dem wirklichen oder mutmasslichen Willen der Gesellschaft zu entsprechen, sondern es genügt zur Begründung seines Anspruchs, dass er die gethane Leistung für erforderlich halten durfte.

II. In nahem Zusammenhange mit der Geschäftsführung steht eine weitere Verbindlichkeit des Gesellschafters, die indessen über den Umfang jener weit hinaus geht und ihm auch nicht wie sie erlassen werden kann. Es ist dies die Verpflichtung zur diligentia quam suis rebus in Gesellschaftsangelegenheiten, d. h. zur Anwendung desselben Fleisses und derselben Sorgfalt, wie er sie in eigener Sache zu bezeigen pflegt. § 718 B. G.-B. Die sonst im Handelsverkehr geforderte Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ist für das Sozietätsverhältnis auf dies geringere Mass reduziert, weil die Angelegenheiten der Gesellschaft doch auch zugleich solche des einzelnen Gesellschafters, von dessen Standpunkt aus sogar in erster Linie die seinen sind, und man von ihm nicht gut verlangen kann, dass er hier grössere Sorgfalt aufwende als sonst, wo es sich um seine Interessen handelt. Ausserdem aber ist es den Sozien unbenommen, nötigenfalls gegenüber unzuverlässigen Mitgliedern die betr Forderung auf einen höheren Grad der Diligenz hinaufzuschrauben[2]). Die genannte Verpflichtung nun liegt nicht blos den im Geschäftsbetriebe der Gesellschaft thätigen, sondern auch dem davon ausgeschlossenen

[1]) Staub, A. 1 zu § 110.

[2]) v. Hahn § 2 zu Art. 94.

Gesellschafter ob: Wie jener positiv auf den Vorteil der Gesellschaft hinzuarbeiten hat, ist dieser doch wenigstens in negativer Hinsicht verbunden, die gesellschaftlichen Interessen durch möglichste Verhütung von Schaden u. s. w. zu wahren[1]). Und da der Einzelne solcher gestalt mit gleichem Eifer wie für sich so für die Gesamtheit wirken soll, so kann er auch — falls dies nicht für besondere Arbeiten ausdrücklich bestimmt, oder in der Eigenart der geleisteten Dienste begründet ist[2]) — für aussergewöhnliche, nicht in den Bereich seiner speziellen Verpflichtung gehörende Bemühungen im Interesse derselben nicht wie sonst, wenn er als Kaufmann für andere thätig ist (§ 354), Vergütung verlangen: er hat damit ja nur seine Pflicht gethan[3]). Freilich geht das nicht so weit, dass er nun auch für Vorschüsse, die er der Gesellschaft gewährt hat, nicht Zinsen fordern dürfte; vielmehr kann er dafür vom Tage des Vorschusses an die gesetzlichen 5 % beanspruchen. § 110 Abs. 2, 352. Erforderlich ist allerdings, wofern der Vorschuss nicht von vornherein auf Grund eines Darlehnsvertrages gegeben war, und das Rechtsverhältnis daher als aussergesellschaftliches zu behandeln ist, zur Geltendmachung dieser wie auch der Forderungen aus der Geschäftsführung genaue Rechnungslegung, zu welcher der Gesellschafter zwar nicht durch besondere gesetzliche Bestimmung aber doch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen[4]) verpflichtet ist.

---

[1]) v. Górski p. 25, 26, Puchelt A. 1 zu Art. 94, A. 4 zu Art. 99.

[2]) Hierüber Staub A. 6 zu § 110. Lehmann, Note 4 zu § 110, v. Hahn § 5 zu Art. 93. Lastig p. 365 u. A. 34 ebenda; Gareis p. 153; A. u. V. p. 143; ROHG. 3, 173.

[3]) Die entsprechende Vorschrift des bisherigen Art. 93 Abs. 3 ist in das neue Hgb. nicht übernommen, weil „ein allgemeiner Ausschluss jedes Vergütungsanspruchs nicht gerechtfertigt erscheint". Denkschrift p. 128.

[4]) Behrend p. 493; Lastig p. 371, 72, Renaud p. 270. Über Rechnungslegung im allgemeinen cf. Bähr in Jh. Jahrb. f. Dogm. Bd. 13 p. 251 ff. und jetzt § 259 B. G.-B.

III. Dolose oder auch nur grobkulpose Handlungen gegen das Gesellschaftswohl sind natürlich mit jener Diligenz unvereinbar. Die Repression seitens der Gesellschaft ist in den verschiedenen Fällen eine verschiedene. Allgemein gilt zunächst auch hier jener schon einmal erwähnte Satz, dass der Einzelne der Gesellschaft für jeden, ihr durch sein Verschulden erwachsenen Schaden Ersatz zu leisten hat und zwar dies vollständig, ohne etwaige Gegenrechnung eines ihr durch seinen ja nur pflichtschuldigen Fleiss vielleicht in anderer Hinsicht verschafften Vorteils[1]). Im einzelnen sind sodann noch zwei Fälle diligenzwidrigen Verhaltens zu erwähnen, deren Verfolgung das Gesetz besonders normiert. Der erste, übrigens schon bei der Geschäftsführung erwähnte, betrifft Veruntreuungen an der Gesellschaftskasse, indem entweder einkassierte Gesellschaftsgelder nicht rechtzeitig abgeliefert, oder bereits in der Kasse befindliche Gelder derselben unbefugt entnommen werden. Die Gesellschaft erhält dann das Recht, von den veruntreuten Geldern vom Tage des Delikts an die gesetzlichen Zinsen zu fordern, unbeschadet des Ersatzanspruchs für den sonstigen grösseren Schaden, der ihr vielleicht aus dem Fehlen des baaren Geldes in einem Momente, da sie desselben dringend bedurfte, entstanden ist. § 111. Bei dem zweiten Falle handelt es sich um die Beteiligung an oder die selbständige Vornahme von Geschäften, welche in den Kreis des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft fallen, von Seiten eines Mitgliedes. Der Gesellschafter soll nicht zweien Herren dienen und darf deswegen ohne Genehmigung seiner Mitgesellschafter weder für eigene noch für fremde Rechnung in dem Handelszweige seiner Gesellschaft Geschäfte machen, noch auch sich an einer anderen, in derselben Branche arbeitenden oHg. beteiligen. Ein Zuwiderhandeln gegen diese Bestimmungen zieht für den Betreffenden die Folge

[1]) Die entsprechende Vorschrift des bisherigen Art. 94 Abs. 2, Satz 2 ist im neuen Hgb. als selbstverständlich gestrichen. Denkschrift p. 128.

nach sich, dass die Gesellschaft nun entweder in das von ihrem Mitgliede abgeschlossene Geschäft eintreten kann, als wäre es für ihre Rechnung eingegangen, oder dass sie statt dessen Schadensersatz verlangt oder endlich geeignetenfalls den Schuldigen ausstösst. Haben dagegen die Sozien dieses Konkurrenzverbot durch ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Gegenteils aufgehoben, so geben sie ihrem Genossen damit den Beweis, dass sie seiner Redlichkeit vertrauen, und die erwähnten Straffolgen fallen natürlich weg. §§ 112, 113.

§ 4. Die Abtretbarkeit der gesellschaftlichen Ansprüche des Einzelnen.

Zum Schlusse dieses Kapitels noch einige Bemerkungen über die Abtretbarkeit der darin behandelten Rechte des Gesellschafters. Dass der Einzelne nicht im Stande ist, sich ohne weiteres aus dem gesellschaftlichen Zusammenhange zu lösen, sich eigenmächtig etwa durch Übertragung des gesamten Komplexes seiner darauf bezüglichen Rechte und Pflichten auf einen Andern selbst davon zu befreien, folgt aus dem Wesen der oHg. als eines auf der Grundlage der gesamten Hand basierenden Vertragsverhältnisses. Sind es doch in subjektiver Beziehung grade die Persönlichkeiten der Einzelnen, die zuerst das Vertrauen der Übrigen und den Wunsch nach Vereinigung mit ihnen erweckten[1]). Sie werden in der Vertragsurkunde an erster Stelle genannt, sie bilden die Wurzel des ganzen Unternehmens, aus der je nach ihrer guten oder schlechten Beschaffenheit Erfolg oder Misserfolg aufspriesst. Eine Veränderung im Mitgliederbestande bedeutet demnach gewiss die wichtigste Abweichung von dem ursprünglichen Vertrage und darf unter keinen Umständen dem Belieben jedes Einzelnen überlassen bleiben. Sowenig daher ein Sozius einseitig den Kreis seiner bisherigen Mitgesellschafter durch selbständige

[1]) Qui societatem contrahit certam personam sibi eligit. § 5 J. de soc. 3, 25.

Aufnahme[1]) eines neuen zu erweitern befugt ist, darf er ihnen ohne weiteres statt seiner oder neben sich einen Ersatzmann aufdrängen, falls er entweder ganz aus der Sozietät ausscheiden oder doch wenigstens seine Beteiligung an derselben auf ein geringeres Mass reduzieren will. Aber auch objektiv genommen ist eine Verfügung des Gesellschafters über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen, ganz oder nur teilweise, eine „rechtliche Unmöglichkeit“[2]). Denn an dem Gesellschaftsvermögen besteht das Eigentum der Gesellschaft, d. h. der sämtlichen Gesellschafter, derart, dass innerhalb derselben die Anteile der Einzelnen in keiner Weise erkennbar hervortreten. Vielmehr sind diese letzteren in dem Gesamteigentum der Sozien beschlossen wie die Körner in der Schote: zu selbständig verfügbaren Objekten werden sie erst mit dem Wegfall der umgebenden Hülle, d. h. mit der Sprengung des gesellschaftlichen Bandes[3]). Was für die gesellschaftlichen Beziehungen in ihrer Totalität gilt, trifft auch für die dazu gehörigen Einzelrechte des Sozius zu, soweit sie persönlicher Natur sind. Denn es erhellt ohne weiteres, dass die Übertragung des Rechtes der Büchereinsicht oder gar der Geschäftsführung schon ganz für sich allein eine unzulässige Hineinziehung von

[1]) Natürlich als offenen Gesellschafter. G. u. F. p. 227, Bem. 57; Lastig p. 379. Die Aufnahme (richtiger „Annahme“) eines stillen Gesellschafters oder Kommanditisten würde einen Vertrag zwischen der oHg. einer- und dem Fremden andererseits über Errichtung einer neuen, stillen oder Kommanditgesellschaft bedeuten. Lastig a. a. O. Consens ist auch hier, aber nicht wegen der jetzt als selbstverständlich gestrichenen Vorschrift des bisherigen Art. 98 sondern wegen § 116 Abs. 2 erforderlich. Staub V. Aufl. § 3 zu Art. 98.

[2]) Neumann A. 1 zu § 719.

[3]) Vergl. oben Anm. 1 auf Seite 22. Wenn gleichwohl der 725 § B. G.-B. und der § 859 C.-P.-O. von der Pfändung des „Anteils am Gesellschaftsvermögen“ sprechen, so ist das nur als eine, allerding sleicht irreführende Breviloquenz des Gesetzgebers anzusehen. Vergl. Cosack. B. G.-B. p. 368. 9 und als neueste Erörterung „zur Lehre vom Miteigentum“ überhaupt Jörges in der Zeitschrift für das ges. Handelsrecht Bd. 49 p. 140 ff.

Fremden in das persönliche interne Verhältnis der Gesellschafter bedeuten würde. Dagegen erstreckt sich das Prinzip der Unübertragbarkeit nun nicht auf die in den voraufgegangenen 3 Paragraphen behandelten Ansprüche des Gesellschafters. Das folgt aus ihrem pekuniären und daher neutralen Charakter, welcher es gleichgiltig erscheinen lasst, ob sie von einem Fremden oder einem Mitgliede ausgeübt werden, da ja in den persönlichen Beziehungen der Sozien dadurch nichts geändert wird. Sowohl seine Auseinandersetzungsforderung wie seine Zins- und Gewinnberechtigung und die Ersatzansprüche aus seiner Geschäftsführung kann der Gesellschafter daher durch Veräusserung oder Verpfändung in derselben Weise verwerten, als ständen sie ihm von vornherein gegen einen Dritten, oder als ständen sie ihm zwar auch gegen die Gesellschaft, aber aus aussergesellschaftlichen Rechtsverhältnissen zu. § 717 B. G.-B. Nur freilich kann einmal der Cessionar nicht mehr Rechte erhalten, als der Cedent hatte: es gilt ihm gegenüber daher auch nicht die solidarische Haftung der übrigen Gesellschafter. Und andererseits muss die Gesellschaft, wie sie vor Abschluss des Geschäfts nicht um Erlaubnis gefragt zu werden brauchte, auch nachher gänzlich unbeteiligt bleiben. Eine derartige Abmachung begründet daher ein rechtliches Verhältnis lediglich zwischen den Kontrahenten. Der Cessionar hat ausschliesslich gegen den abtretenden Gesellschafter Ansprüche, der Gesellschaft gegenüber ist er in keiner Weise, insbesondere auch nicht zur Einsicht der Bücher und Papiere, berechtigt[1]). § 125 Abs. 2 B. G.-B.

[1]) So bisher Art. 98 Abs. 2, Satz 2; für das neue Recht Plank A. 2 zu § 717; Lehmann Note 6 zu § 109.

Kapitel IV.

Entstehung und Endigung der vertraglichen Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter.

Unsere Darstellung der Rechtsverhältnisse zwischen der oHg. einer- und dem einzelnen Gesellschafter andererseits neigt sich damit ihrem Ende entgegen. Nachdem wir zunächst die juristische Eigenart der oHg. überhaupt einer kurzen Betrachtung unterzogen, haben wir die Bedeutung und praktische Ausgestaltung jenes Gegensatzes im allgemeinen zu charakterisieren gesucht und sodann die beiderseitigen Rechte und Pflichten, soweit sie sich mittelbar oder unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrage ergeben, im einzelnen erörtert. Wenn wir nunmehr noch die Entstehung und Endigung der geschilderten rechtlichen Beziehungen in den Kreis unserer Betrachtung ziehen, so ist dazu folgendes zu bemerken. Wie in der Einleitung ausdrücklich erklärt wurde, hat es die vorliegende Abhandlung weder mit den sämtlichen, inneren wie äusseren, noch auch nur mit den gesamten inneren Reehtsverhältnissen der oHg., sondern ausschliesslich mit demjenigen Teile der letzteren zu thun, bei dem ein Gegensatz zwischen der Gesellschaft und dem Einzelnen hervortritt. Wollen wir uns nun, wie das bisher unser Bestreben war, auch weiterhin innerhalb jener Grenzen halten, so erscheint von diesem Standpunkte aus eine spezielle Darstellung der Entstehung der uns beschäftigenden Rechtsverhältnisse als ausgeschlossen, da dieselbe ja in allem mit der Lehre von der Errichtung der oHg. überhaupt zusammenfallen muss. Der Stand dieser letzteren selbst giebt uns nun aber die Berechtigung, trotzdem eine solche Darstellung zu versuchen, da Gesetz und Doktrin zwar den Beginn der Gesellschaft nach aussen hin genau fixieren und erörtern, jedoch der Frage, wann sie nach innen als begründet anzusehen sei, wenig oder gar keine Beachtung schenken.

Und wenn auch die Gegenüberstellung von Gesellschaft und Gesellschafter den Begriff der inneren Rechtsverhältnisse nicht erschöpft, so bezeichnet sie doch immerhin die so überwiegende Mehrheit der letzteren, dass für die beabsichtigte Darstellung jedenfalls pars pro toto gesetzt, und dieselbe von dem Gesichtspunkte des oben bezeichneten Gegensatzes aus behandelt werden darf. Was dagegen die Endigung unserer Rechtsverhältnisse anlangt, so stehen die Dinge hier ganz anders. Naturgemäss nehmen, wenn das ganze Sozietätsverhältnis aufgelöst wird, auch die Beziehungen zwischen dem Einzelnen und der Gesellschaft ein Ende. Das ist aber nicht das Einzige. Wir werden vielmehr sehen, dass diese letzteren sehr wohl für sich allein abgebrochen werden können, ohne dass dies den Bestand der Gesellschaft an sich erschüttert. Gleichwohl werden wir auch die Auflösung des ganzen gesellschaftlichen Verhältnisses im Wege des Konkurses und der Liquidation des Näheren erörtern müssen. Denn gerade diese beiden Fälle enthalten Besonderheiten, welche den Charakter der uns beschäftigenden Ansprüche in besonders markanter und lehrreicher Weise hervortreten lassen.

§ 1. Die Entstehung.

I. Der Zeitpunkt, mit welchem die oHg. nach innen, d. h. ihren Mitgliedern gegenüber, als konstituiert zu erachten ist, unterscheidet sich seiner rein internen Bedeutung halber wesentlich von demjenigen, mit welchem sie nach aussen, d. h. im Verhältnis zu dritten Personen, existent wird. Zeitlich geht er ihm immer voraus, da ein Vertragsverhältnis, wie es die oHg. ist, nicht Dritten gegenüber wirksam sein kann, bevor es unter den Kontrahenten zu Stande gekommen ist[1]). Der Beginn der Gesell-

[1]) Dass eine Vereinigung Mehrerer, welche in Wahrheit keine oHg. ist, gleichwohl nach aussen hin als solche gelten kann, beruht auf besonderen, den Schutz gutgläubiger Dritter bezweckenden Vorschriften, welche hier nicht zu erörtern sind. Staub A. 14 zu § 105, A. 15 zu § 123.

schaft ist für das Publikum, wie gesagt, vom Gesetz genau fixiert. Er fällt ohne Rücksicht auf etwaige anderslautende Vereinbarungen der Sozien mit dem Moment zusammen, da die Errichtung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist, oder die Gesellschaft auch nur thatsächlich ihre Geschäfte begonnen hat, letzterenfalls jedoch nur unter der Voraussetzung, dass das von ihr betriebene Handelsgewerbe eine der im § 1 Hgb. aufgeführten Geschäftsarten zum Gegenstande hat. § 123. Eine entsprechende Bestimmung über die Konstituierung der Gesellschaft nach innen hin findet sich dagegen im Hgb. nicht, ist aber aus den allgemeinen Regeln über die Perfektion der Verträge leicht zu konstruieren. Eine solche Feststellung ist äusserst wichtig. Wann hört z. B. das Recht eines Kaufmanns, der in eine oHg. einzutreten beabsichtigt, auf, Vergütung für seine Bemühungen im Dienste des in der Entstehung begriffenen Unternehmens zu fordern? Bis zu welchem Augenblicke haftet er bezüglich dieser letzteren für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und nicht blos für diligentia quam suis? Und von welchem Moment an darf er verlangen, dass die von ihm für Rechnung der Gesamtheit eingegangenen Geschäfte von den Sozien auch als solche anerkannt werden? Wir haben oben gesehen, dass jene auffallenden Abweichungen von der sonstigen kaufmännischen Gewohnheit und diese spezielle Berechtigung zu den Eigentümlichkeiten des Gesellschaftsverhältnisses gehören, sie können also auch erst mit dessen Beginn rechtswirksam eintreten. Um nun demnach diesen letzteren festzustellen, müssen wir, wie schon angedeutet, von der Natur der Gesellschaft als eines reinen Vertragsverhältnisses ausgehen. Dem Einzelnen gegenüber wird sie demzufolge als konstituiert anzusehen sein, sobald der Abschluss jenes Vertrages erfolgt ist. Das ist aber der Fall, wenn sich die Kontrahenten, d. h die zukünftigen Gesellschafter, in Willensübereinstimmung darüber befinden, ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma

zu betreiben[1]). Wie daneben die Beteiligung der Einzelnen an Gewinn und Verlust geregelt wird, und ob sich danach das Verhältnis zwischen den Kontrahenten thatsächlich als Darlehn, Dienstmiete oder sonstwie charakterisiert, ist dann insoweit gleichgiltig, als nicht der Vertrag besondere Bestimmungen enthält. Dies muss gegenüber der jetzt freilich vom Gesetz selbst abgelehnten Theorie Labands besonders betont werden. Nach dieser müssten in derartigen Fällen ergänzungsweise die gesetzlichen Regeln über Darlehn, Dienstmiete u. s. w. in Anwendung kommen, und nur nach aussen hin die für die oHg. gegebenen Bestimmungen gelten. Eine solche Trennung der Innen- und der Aussenseite des Verhältnisses ist aber, wie wir bereits oben sahen, nicht statthaft. Liegt vielmehr eine Vereinbarung Mehrerer vor, welche auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, so ist schon damit der Charakter des Vertrages als eines Gesellschaftsvertrages gegeben. Der gemeinsame Zweck der Beteiligten ist der Betrieb eines Handelsgewerbes, und die Erreichung dieses Zweckes wird gefördert durch die Annahme einer Firma, welche das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutet (§ 19) und damit dem Unternehmen von vorneherein eine erweiterte Kreditfähigkeit sichert. Eine solche Gesellschaft steht nach dem Willen des Gesetzes unter den Regeln über die oHg., nach innen wie nach aussen. Mit dem Zustandekommen einer derartigen Vereinbarung wird daher ohne Rücksicht auf die Eigenart

[1]) nicht erst einen dahingehenden Gesellschaftsvertrag abzuschliessen. Ein solcher Vorvertrag bringt noch nicht jene Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter hervor, da er überhaupt noch kein Gesellschaftsverhältnis begründet, sondern erst die Begründung eines solchen in Aussicht nimmt. Über die Erfordernisse des pactum de ineunda societate cf. ROHG. 9, 39. Mit der im Texte genannten Vereinbarung ist das „positive Requisit" des § 105 gegeben; dem „negativen" ist bereits Genüge geschehen, wenn ausser jener Übereinkunft keine andere getroffen ist. Makower A. 3 zu Art. 86; A. u. V. p. 74, 75.

der weiteren Abreden für die Paziszenten eine oHg. begründet und nicht ein Darlehns- oder Mietsverhältnis, das nur nach aussen hin die Wirkungen eines Handelsgesellschaftsvertrages hätte. Da nun das Gesetz von den Gesellschaftern nicht verlangt, dass sie jene Willensübereinstimmung in bestimmter Weise oder auch überhaupt nur schriftlich formulieren, so kann dieselbe auch einfach mit der Erklärung, „sich assoziiren zu wollen“[1]), oder auch wohl gar stillschweigend erfolgen, also aus konkludenten Handlungen zu ersehen sein[2]). Dass wie im letzteren Falle der Beginn der gesellschaftlichen Geschäfte dem Abschlusse des Vertrages unmittelbar folgt, ist nicht notwendig. Zwar wird es das Gewöhnliche sein, dass gleich nach der Perfektion des Vertrages auch mit der Ausführung seiner Bestimmungen begonnen wird, doch kann die letztere auch erst von einem bestimmten Zeitpunkte an in Aussicht genommen werden. Bis zu diesem besteht dann zwar bereits das Sozietätsverhältnis, es bestehen auch schon die aus dem Vertrage unmittelbar resultierenden Ansprüche zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, nur hat eben das Ganze noch keine praktischen Folgen. Anders dagegen, wenn der Beginn der Gesellschaft überhaupt betagt oder gar bedingt ist. Hier existieren natürlich vor Eintritt des betreffenden Termins oder der betreffenden Bedingung keine gesellschaftlichen Beziehungen irgendwelcher Art. §§ 158 Abs. 1, 163 B. G.-B.

II. Wie nun aber der Abschluss des Vertrages die Etablierung eines ganz neuen Geschäftsbetriebes zum Zweck und zur Folge haben kann, so ist es umgekehrt auch möglich, dass der bereits vorhandene Betrieb eines Handelsgewerbes die Errichtung eines Sozietätsvertrages herbeiführt. Das geschieht einmal in der Weise, dass ein Einzelkaufmann in sein bereits bestehendes Geschäft einen andern, etwa seinen Prokuristen, als Sozius aufnimmt, und ist ferner

1) Prot. p. 167.

2) Behrend p. 461 u. A. 2 ibid.

der Fall, wenn das Geschäft eines Einzelkaufmanns durch Erbgang an eine Mehrheit von Beteiligten übergeht. Die Thatbestände der letzteren Art sind nichts seltenes, aus ihnen hat sogar wahrscheinlich das ganze Institut der oHg. seinen Ursprung genommen[1]). Indes führen sie nicht ohne weiteres und mit Notwendigkeit zu einem Sozietätsverhältnisse, vielmehr besteht zunächst einfache communio zwischen den Miterben nach den Vorschriften des B. G. - B. (§§ 2033—2041), welche von den für das Verhältnis der Gesellschafter gegebenen Bestimmungen wesentlich abweichen. Während derselben ist von einem rechtlichen Gegensatze zwischen dem Einzelnen und der Gesamtheit der Mitberechtigten keine Rede, auch dient zur Geltendmachung der aus dem thatsächlichen Verhältnis resultierenden Rechte und Pflichten nicht die Gesellschafts-, sondern die Erbteilungsklage. Erst wenn der übereinstimmende Wille der Beteiligten darauf gerichtet ist[2]), die faktisch bereits vorhandene Gemeinschaft fortan auf vertraglicher Grundlage als Kompagnons fortzusetzen, kommt die oHg. zu Stande, erst damit ergeben sich die den Gegenstand unserer Untersuchung bildenden Rechtsverhältnisse.

---

[1]) Über den geschichtlichen Ursprung der oHg. Behrend p. 436 A. 1; Lastig p. 329. 330. Goldschmidt. Handbuch d. Handelsr. III. Aufl. Bd. 1, Abt. 1, Lief. 1 p 255; Schmidt, Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des Mittelalters, Breslau 1883; Weber, zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter, Stuttgart 1889.

[2]) Was auch wieder aus konkludenten Handlungen zu ersehen sein, d. h. stillschweigend erfolgen kann, in welchem Falle es mitunter allerdings seine Schwierigkeiten hat, den Zeitpunkt festzustellen, in welchem sich die einfache communio in ein Gesellschaftsverhältnis umwandelte. v. Hahn § 4 zu Art. 85.

Zwischen dem überlebenden Elternteil und den minderjährigen Kindern wird aber eine oHg. nicht schon dadurch begründet, dass jener das Bestehen einer solchen im Handelsregister eintragen lässt. R. G. 35, 17 ff.

§ 2. Die Endigung bei partieller Auflösung der Gesellschaft.

Wie die Sozietät des römischen und gemeinen Rechts trägt auch die oHg. prinzipiell reinen Personalcharakter, d. h. sie ist mit Rücksicht auf die Individualität der Mitglieder begründet und deswegen in ihrem Bestande von jedem Wechsel derselben abhängig. Grundsätzlich müsste also das Ausscheiden eines Gesellschafters, gleichviel aus welchem Grunde, stets die Auflösung der ganzen Gesellschaft zur Folge haben. Indessen ist dieses Prinzip an einigen Stellen schon im römischen Recht durchbrochen worden, und das Handelsgesetzbuch hat in dem Bestreben, bestehende Handelsassoziationen vor sonst allzu oft drohender Zerstörung zu bewahren, den Kreis jener Ausnahmen noch erweitert. Infolgedessen ist neben der totalen, alle bisherigen Bande zwischen sämtlichen Gesellschaftern durchschneidenden Auflösung der oHg., von welcher später zu handeln sein wird, auch eine partielle möglich, die nur den Beziehungen zwischen der Gesellschaft und einem einzelnen ihrer Glieder ein Ende macht, im Übrigen jedoch die Gesellschaft als solche nicht weiter beeinflusst. Dieselbe kann aber natürlich immer nur dann eintreten, wenn nach dem Ausscheiden des Einzelnen überhaupt noch von einer Gesellschaft gesprochen werden kann, also mindestens noch zwei der alten Gesellschafter übrig bleiben[1]), oder an die Stelle des Ausscheidenden vertragsmässig ein Dritter tritt[2]). Besteht daher die Gesellschaft von vorneherein nur aus zwei Teilhabern, so kann zwar, wenn in der Person des Einen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer grösseren Mitgliederzahl seine Ausschliessung zulässig sein würde, der andere auf Antrag für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen — § 142 Abs. 1 — es steht

1) Prot. p. 249, 1009—1011; dazu ROHG. 11, 160 ff.

2) ROHG. 14, 151; auch 1, 66.

dann aber dem Ausscheidenden nicht mehr eine Gesellschaft[1]) gegenüber, und dieser, durch besondere neue Vorschrift geregelte Fall scheidet daher von unserer Betrachtung aus[2]). In der Art nun, dass die Gesellschaft als solche mit allen ihren bisherigen Rechten und Verbindlichkeiten fortbesteht, kann sich die Trennung eines Einzelnen von derselben entweder auf Grund der Zustimmung des Ausscheidenden, sie kann sich aber auch gegen oder wenigstens ohne Rücksicht auf seinen Willen vollziehen.

1. Im ersteren Falle muss die Zustimmung „im Gesellschaftsvertrage" (§ 138), wie das neue, oder, was dasselbe bedeutet, „vor Auflösung der Gesellschaft", wie das alte Hgb. (Art. 127) sagt, erklärt worden sein, d. h. es kann zwar schon ein Auflösungsgrund in der Person des Einzelnen eingetreten, doch darf das Auseinandersetzungsverfahren noch nicht beendigt, die gesellschaftlichen Bande dürfen wohl schon gelockert, aber immerhin doch noch nicht gänzlich gelöst sein[3]). Die bezügliche Erklärung hat in der Weise zu erfolgen, dass sämtliche Gesellschafter dahin übereinkommen, die Gesellschaft ungeachtet des eventuellen Ausscheidens eines oder mehrerer von ihnen fortsetzen zu wollen. Scheidet also später ein Sozius wirklich aus, so geschieht es mit seinem Willen, wenn die Gesellschaft sich dann nicht dem oben erwähnten Prinzip zufolge auflöst, sondern weiter besteht. Die Überlegung, welche dem einzelnen Mitgliede noch einen derartigen Einfluss auf das

[1]) — wenn auch die Auseinandersetzung nach den für das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften erfolgt.

[2]) Dieselbe gilt von den im Abs. 2 des § 142 geregelten beiden Fällen.

[3]) Damit ist unsere Stellung zu der Streitfrage, ob das auf die Fortsetzung gerichtete Abkommen auch nach der Auflösung der Gesellschaft noch getroffen werden kann, genugsam präzisiert. Vergl. darüber v. Hahn § 2 zu Art. 123. Behrend p. 549; Puchelt A 3 zu Art. 127; Staub V. Aufl. § 5 zu Art. 127. Hergenhahn-Tuchatsch p. 272 ff.

fernere Schicksal der von ihm verlassenen Gemeinschaft eingeräumt hat, ist die, dass die Auseinandersetzung zwischen ihm und dieser in wesentlich verschiedener Weise erfolgt, je nachdem letztere weiterbestehen bleibt oder sich auflöst, dass es sich hier dementsprechend um wichtige Interessen des Betreffenden handelt, und ihm daher die Wahrung derselben nach seinem Ermessen billigerweise zu ermöglichen ist[1]). Auf die Natur des Ereignisses, das dann eventuell einmal die praktische Ausführung jener Vertragsbestimmung veranlasst, kommt es dabei nicht an, ob der Tod[2]), der Konkurs oder die Kündigung eines Gesellschafters vorliegt, ob also von dessen Willen abhängige oder unabhängige Thatsachen eintreten, ist nachher gleichgiltig: Die Art und Weise ihrer Wirkung ist doch immer die Folge jener früheren Willensbethätigung des Ausscheidenden. Es ist daher auch nicht erforderlich, dass der Vertrag die Fälle, in denen eine derart partielle Auflösung des Sozietätsverhältnisses erfolgen soll, spezialisiert[3]), vielmehr genügt es, dass er ganz allgemein das Ausscheiden eines der Kontrahenten vorsieht. Er ist dann eben jedes Mal, wenn ein Mitglied ausscheidet, und — dazu kommen wir im Folgenden — der Austritt nicht auf Ausschliessung beruht, zu exekutieren. Die besondere Regelung des letzterwähnten Falles gestaltet sich nun folgendermassen: Wenn in der Person eines Gesellschafters Gründe[4]) vorliegen, welche die Übrigen gemäss § 133 zu dem Verlangen der Auflösung berechtigen, so kann der Betreffende statt dessen von der weiteren Mitgliedschaft ausgeschlossen werden. § 140.

[1]) Prot. 237, 238.

[2]) Für diesen Fall kann auch die spezielle Vereinbarung getroffen werden, dass die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortgesetzt werden solle: § 139 Abs. 1.

[3]) Staub A. 1 zu § 138. Hergenhahn-Tuchatsch p. 274.

[4]) Die nicht in einem Verschulden des Betreffenden zu bestehen brauchen, sich vielmehr auch auf andere wichtige, seine Person angehende Momente beziehen können. Dies ergiebt sich aus dem Wortlaut des § 133, Abs. 2; vergl. Staub A. 16 zu § 133.

Die Folgen solchen Ausschlusses sind dieselben wie in dem vorerwähnten Falle, nur treten sie hier nicht mit dem Willen des Ausscheidenden, sondern gegen denselben ein. Die Brechung dieses Willens kann allein auf dem Wege des Rechtsstreites erfolgen, eine Abmachung, wonach der Rechtsweg nicht beschritten werden, sondern einfach die Mehrheit oder selbst die Gesamtheit der zurückbleibenden Gesellschafter entscheiden soll, ist nichtig[1]). Der Richter wieder hat sein auf Ausschliessung lautendes Erkenntnis nur auf Antrag sämtlicher übrigen Sozien zu erlassen, doch ist er nicht gezwungen, es auszusprechen[2]), und darf dies überhaupt erst dann, wenn er jedenfalls die Auflösung der Gesellschaft für begründet hält[3]). Dieser letzteren sollen nun die Gesellschafter, welche trotzdem ihre Vereinigung aufrecht erhalten wollen, nicht unnötig unterworfen werden: „Die Liquidation eines guten Geschäfts birgt stets die Zerstörung eines wirtschaftlichen Gutes in sich"[4]), und eine solche, doch indirekt dem Auszuschliessenden zu verdankende, von der Theorie allerdings geforderte, aber praktisch ganz unnütze Schädigung der Zurückbleibenden soll vermieden werden. Ganz anders geartet ist der dritte und letzte Fall partieller Auflösung der oHg. Waren es nämlich bisher bisher rein interne Abmachungen und Verhältnisse, welche die Scheidung des Einzelnen von der Gesellschaft in dieser Weise herbeiführten, so werden wir nunmehr sehen, dass die letztere auch von aussen her bewirkt werden kann, und zwar geht der Anstoss dazu in diesem Falle von den Privatgläubigern eines der Sozien aus. Da nämlich die gesellschaftlichen Ansprüche des Einzelnen, soweit sie pekuniärer Natur, übertragbar sind, so sind sie insoweit auch der Pfändung unterworfen,

[1]) ROHG. 21, 84 ff; RG. 38, 119 f. Erheblich abweichend § 737 B. G.-B.

[2]) A. u. V. p. 288; Lehmann Note 4 zu § 133.

[3]) Genauere Verhaltungsmassregeln giebt hier RG. 25, 137 ff.

[4]) Lastig p. 411.

(§ 851 C.-P.-O.) und kann insbesondere das dereinstige Auseinandersetzungsguthaben gepfändet und dem Privatgläubiger überwiesen werden. Hat nun der letztere, nachdem innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht ist, auf Grund eines nicht blos vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels eine derartige Pfändung und Überweisung erwirkt, so ist er damit berechtigt, nach vorheriger Aufkündigung, die jedoch mindestens sechs Monate vor Schluss des Geschäftsjahres erfolgen muss, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, um nach derselben dann den Zugriff auf jene seinem Schuldner zukommende Summe frei zu haben. § 135. Die Gründe, welche für und wider ein solches Recht des Privatgläubigers sprechen, sind hier nicht zu erwägen[1]); nicht zu bestreiten ist jedenfalls, dass dasselbe den Bestand der Gesellschaft wieder in neuer Hinsicht — abgesehen von den sonstigen Auflösungsgründen — unsicher erscheinen lässt. Um diesen nun aber möglichst zu schützen, ohne doch dem Gläubigerrechte Abbruch zu thun, hat das Gesetz[2]) hier den übrigen Gesellschaftern[3]) die Ermächtigung gegeben, dem auf seinem Rechte bestehenden Gläubiger zu erklären, dass die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen solle, und ihm das Guthaben ihres schuldnerischen Genossen, wie es sich am Schlusse des laufenden Geschäftsjahres feststellt, auszuzahlen[4]). Sie retten dadurch die Gesellschaft vor der sonst unabwendbaren Auflösung: der betreffende Sozius scheidet mit dem Ende des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft

[1]) Vergl. aber Prot p. 1136—1142; 4526.

[2]) Eine Befriedigung des Gläubigers aus Gesellschaftsmitteln, wofür die betr. Forderungen dann an die Gesellschaft abgetreten werden, ist dadurch natürlich nicht ausgeschlossen. Staub A. 5 zu § 135; v. Hahn § 2 zu Art. 126; Puchelt A. 3 zu Art. 132.

[3]) Eine entsprechende Berechtigung ist dem allein zurückbleibenden Sozius gegeben.

[4]) Über die Stellung des Gläubigers hierbei vergl. Puchelt A. 5 zu Art. 132; Staub A. 2 zu § 141.

aus, er mag wollen oder nicht. § 141 Abs. 1. In gleicher Weise kann die Gesellschaft von den Übrigen gehalten werden, wenn über das Vermögen des Einzelnen Konkurs eröffnet, und damit an sich ein Fall der Auflösung des ganzen Sozietätsverhältnisses gegeben ist. Die entsprechende Erklärung hat dann gegenüber dem Konkursverwalter zu erfolgen, während als Zeitpunkt des Ausscheidens des Kridars die Eröffnung des Konkurses gilt. § 141 Abs. 2.

II. Die Folgen des Ausscheidens eines Gesellschafters gemäss einem dieser Fälle sind, soweit die Gesellschaft dabei in Betracht kommt, der Hauptsache nach bereits hervorgehoben. Sie bleibt zunächst thatsächlich mit allen ihren bisherigen Rechten und Verbindlichkeiten weiter bestehen und gilt dann auch juristisch nicht als eine Neugründung der Zurückbleibenden, sondern — und darin liegt eben das Exzeptionelle der Sache — behält ihren früheren Charakter bei[1]). Das gilt sowohl für die inneren Verhältnisse, welche, falls nichts anderes beliebt wird, nach wie vor den Bestimmungen des alten Gesellschaftsvertrages unterworfen bleiben, als auch für das Auftreten nach aussen hin — sofern jene Personalveränderung nicht auch einen Wechsel in der Geschäftsführung bezw. Vertretung herbeiführt. Sogar die Firma bleibt dieselbe, falls in ihr nicht der Name des Ausgeschiedenen enthalten, oder, wenn dies der Fall, das dann demselben zustehende Einwilligungsrecht ihm durch Vertrag entzogen ist. § 24. Demgegenüber ergiebt sich für den Ausscheidenden die Folge, dass seine sämmtlichen Beziehungen zur Gesellschaft sich lösen, indem zunächst ihm die Gegenstände, welche er der Gesellschaft blos zur Benutzung überlassen hatte, zurückzugewähren sind[2]), und sodann durch Empfang des ihm zukommenden

---

1) Behrend p. 551: „Die fortgesetzte Gesellschaft gilt rechtlich als dieselbe wie die ursprüngliche."

2) Ob dies zu geschehen hatte, war nach altem Recht bestritten. Dafür Staub § 5 zu Art. 131; Behrend p. 558 A. 17; dagegen Puchelt A. 2 zu Art. 131.

oder Leistung des ihm Obliegenden sein Konto in den Büchern der Gesellschaft erledigt wird. Das bedeutet, soweit das Separatkonto dabei in Betracht kommt, nicht mehr wie sonst der Abbruch einer Geschäftsverbindung zwischen Kaufleuten, da ja der Gesellschafter hinsichtlich der hier gebuchten Posten der Gesellschaft schon vorher wie ein Dritter gegenüberstand. Die eigentliche Wirkung seines Ausscheidens besteht dagegen in der Regulierung auch des Kapitalkontos, welches bisher die buchmässige Darstellung seines Anteils am Gesellschaftsvermögen gab. Dieser durante societate zwar nicht erkennbare, aber latent doch immer vorhandene Anteil wächst „nach dem strengen und reinen Prinzip der kollektiven Einheit“ [1]) den übrigen Gesellschaftern zu (§ 738 B. G.-B.), sodass damit der Wegfall seiner Buchung auf besonderem Konto von selbst gegeben ist. Geht er aber auch durch Akkreszenz verloren, so verbleibt dem Ausscheidenden doch ein Anspruch auf Ersatz. Denn wie bei totaler Endigung der Sozietät die Gesellschafter das bis dahin gemeinsame Vermögen wieder unter sich verteilen, so muss bei blos partieller Auflösung der Gesellschaft der Ausscheidende dasjenige erhalten, was er zu beanspruchen hätte, wenn schon jetzt die ganze Gesellschaft auseinander ginge. Hat andererseits der gemeinsame Betrieb des Handelsgewerbes Verluste zur Folge gehabt, an welchen er kraft seiner gesellschaftlichen Beteiligung ebenso wie am Gewinn zu partizipieren hat, so muss der Ausscheidende den auf ihn entfallenden Anteil ebenso übernehmen, wie er dies bei völliger Auflösung der Gesellschaft zu thun verpflichtet wäre. Da nun aber die Auseinandersetzung hier eben nicht zwischen sämtlichen Sozien, sondern nur zwischen dem Einzelnen und der im Übrigen fortbestehenden Gesellschaft stattfindet, so ergiebt sich, dass der Aktivsaldo, mit welchem das Kapitalkonto des Ausscheidenden abschliesst, ebenso eine wahre Forderung, wie der entsprechende Passivsaldo eine wahre Schuld des Letzteren an die Gesellschaft dar-

[1]) Gierke, Genossenschaftsrecht p. 950.

stellt[1]). Es haften daher für jenen die einzelnen Mitgesellschafter nicht etwa nur anteilsweise, sondern gemäss § 128 solidarisch neben der Gesellschaft[2]), in deren Konkurs der ehemalige Sozius seine Forderung auch anmelden kann[3]). Und es dürfen den Passivsaldo nicht etwa die bei totaler Auflösung dazu Berechtigten pro rata, sondern allein die Gesellschaftsvertreter im Namen der Gesellschaft einklagen. Dass im letzteren Falle der Ausgeschiedene eine Geldsumme zu zahlen hat, ist ohne weiteres klar. Aber auch den Aktivsaldo kann er nur in Geld ausgezahlt verlangen, er hat bei der Auskehrung ebensowenig wie bei bestehender Sozietät ein „Recht auf einen verhältnismässigen Anteil an den einzelnen Forderungen, Waren oder anderen Vermögensstücken der Gesellschaft." Art. 131. Der Zeitpunkt, welcher für die Vermögenslage der Gesellschaft entscheidend ist, auf Grund deren die Auskehrung vorgenommen wird, ist ein verschiedener, je nachdem der Austritt auf Ausschliessung oder auf einem der sonst angeführten Gründe beruht. Im ersteren Falle ist es der Moment der Behändigung der betreffenden Klage, auf welchen das die Ausschliessung aussprechende und damit die Auseinandersetzung in die Wege leitende Urteil zurückbezogen wird (§ 140 Absatz 2), sonst ist es der Augenblick des Ausscheidens, bei dem dritten der oben erwähnten Fälle also der Schluss des laufenden Geschäftsjahres resp. die Eröffnung des Konkursverfahrens. § 138, 141 Abs. 2. Eine definitive Abrechnung zwischen der Gesellschaft und dem Ausscheidenden wird zu dieser Zeit aber nicht immer gleich möglich sein. Denn einmal können zu dem Verlust, an welchem der letztere zu partizipieren hat, Schulden ge-

[1]) Vergl. hierzu insbesondere Rg. 7, 94; auch Rg. 11, 130: „es ist die Gesellschaft, welche sich mit dem ausscheidenden Gesellschafter auseinandersetzt."

[2]) Lehmann, Note 12 zu § 128.

[3]) Staub A. 12 zu § 131; Jaeger, Konkurs p. 97.

hören, welche noch nicht fällig sind. Dieselben werden zwar zur Berechnung des Aktiv- oder Passivsaldos des Gesellschafters schon herangezogen, sodass dieser hinsichtlich ihrer seiner Beitragspflicht damit bereits genügt. Gleichwohl läuft er aber immer noch Gefahr, von den Gläubigern der Gesellschaft, welche jene Verrechnung zwischen den Sozien ja nichts angeht, später in Anspruch genommen zu werden. Hiergegen muss er geschützt werden. Er kann daher verlangen, dass die Gesellschaft ihn von diesen Schulden, etwa durch Übernahme derselben gemäss § 414 ff. B. G.-B., befreie oder wenigstens Sicherheit leiste für den Fall, dass er ihretwegen von ihren Gläubigern belangt wird (§ 738 B. G.-B. Abs. 1), wie ihm selbstverständlich auch ein Ersatzanspruch zusteht, wenn er, ohne sich in dieser Weise gesichert zu haben, Gesellschaftsschulden hat bezahlen müssen[1]). Sind andererseits noch kurz vor dem entscheidenden Augenblick grössere Geschäfte abgeschlossen worden, deren Beendigung längere Zeit darüber hinaus in Anspruch nimmt, so gingen dieselben ja noch mit auf Rechnung des nun nicht mehr der Gesellschaft Angehörenden: es wird ihm daher ein entsprechender Anteil an dem etwa erzielten Gewinn nicht vorenthalten, aber nun natürlich erst später ausgezahlt werden können. Dasselbe gilt von solchen Geschäften, die zwar erst nach dem Ausscheiden des Betreffenden eingegangen werden, aber lediglich eine Fortführung der vorher begonnenen darstellen resp. zu ihrer Beendigung dienen. Indessen bezieht sich die Beteiligung des Ausgeschiedenen nur auf den Erfolg, nicht auch auf die Führung der betreffenden Geschäfte. Die muss er seinen ehemaligen Mitgesellschaftern nach deren freiem Ermessen überlassen, wobei sich seine Kontrollbefugnisse ihnen gegenüber nur auf Rechnungslegung am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres (falls sich die Abwickelung über mehrere Jahre hin erstreckt) über die beendigten und Nachweis des Standes der noch laufenden

[1]) Rg. 11, 130 f.

Geschäfte beschränken, da er das ihm nach § 118 zustehende allgemeine Kontrollrecht ja nur bis zu seinem Austritte ausüben kann[1]). Im Übrigen aber gestaltet sich sein rechtliches Verhältnis zur Gesellschaft von dem Augenblicke des Ausscheidens an ganz wie das eines Dritten[2]), von einem Sozietätsverhältnisse, wie es etwa während der Liquidation noch besteht, ist gar keine Rede.

§ 3: Die Endigung bei totaler Auflösung der Gesellschaft.

Dass die Beziehungen der Einzelnen zur Gesellschaft im Wege blos partieller Auflösung des Sozietätsverhältnisses ein Ende nehmen, ist, wie gesagt, als Ausnahme zu betrachten. Der Regel nach fällt ihr Ende mit dem der Gesellschaft überhaupt zusammen, d. h. sie hören auf, zu existieren, sobald diese nicht mehr besteht. Die Fälle, in denen die oHg. aufgelöst wird, sind im § 131 aufgeführt. Wesentlicher als das Wann ist hier aber für uns das Wie, die Art und Weise solcher Auflösung. Zu unterscheiden ist in dieser Beziehung, ob dieselbe von aussen her oder von innen heraus, im Wege des Konkurses oder der Liquidation, sich vollzieht. Beiden Arten des Verfahrens ist es eigentümlich, dass nach dem Wortlaut des Gesetzes der formelle Akt der Auflösung zeitlich dem Auflösungsverfahren selbst, d. h. der Abwickelung der Gesellschaftsgeschäfte und der Verteilung des Gesellschaftsvermögens, vorausgeht „Die oHg. wird aufgelöst durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft" — § 131[3] — erst dann erfolgt das Konkursverfahren selbst. Und erst „nach Auflösung der Gesellschaft" — aus anderen Gründen, etwa durch Kündigung oder Tod eines Mitgliedes — „findet die Liquidation statt." § 145. Das ist indessen für das hier allein in Betracht kommende innere Verhältnis nicht so zu verstehen, als lösten sich die Beziehungen

[1]) A. u. V. p. 291. Hergenhahn-Tuchatsch p. 304.
[2]) Behrend p. 559.

zwischen Gesellschaft und Gesellschafter nunmehr in solche zwischen den einzelnen Gesellschaftern auf[1]). Vielmehr wird durch das formell die Auflösung bewirkende Ereignis lediglich der weitere Betrieb des Handelsgewerbes sistiert, „die produktive Seite der Gesellschaft" aufgehoben[2]). Dagegen bleibt die Gesellschaft als solche bis zur gänzlichen Verteilung ihres Vermögens unter die Gläubiger bezw. die Gesellschafter erhalten[3]), es bestehen also — natürlich mit den entsprechenden Modifikationen — auch die Beziehungen zwischen ihr und dem einzelnen Mitgliede noch bis zu diesem Zeitpunkte fort. Zu den Modifikationen gehört vor Allem, dass die Vertretung der Gesellschaft während der Zeit des Auflösungsverfahrens in anderen Händen liegt als während ihres Bestehens. Denn durch die Einstellung des äusseren Betriebes ist die Vertretungsmacht der bisherigen Vertreter inhaltslos geworden und erloschen. An ihrer Stelle treten daher hier der Konkursverwalter und dort die Liquidatoren.

I. Die im § 209 K.-O. ausgesprochene Zulässigkeit eines besonderen Konkursverfahrens[4]) über das Gesellschaftsvermögen folgert aus der Natur dieses letzteren als eines selbständigen, mit eigenen Rechten ausgestatteten und eigenen Pflichten unterliegenden Zweckvermögens. Der Zweck, dem es zu dienen bestimmt ist, wird im allgemeinen durch seine Verwendung in Gesellschaftsangelegenheiten erfüllt — in dem besonderen Falle des Konkurses besteht er in der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger. Gläubiger aber wie Schuldner der Gesellschaft kann auch der einzelne Gesellschafter sein. Es wird sich daher für uns darum handeln, seine Stellung als solcher im Gesellschafts-

---

1) Vergl. Lehmann, Einl. zum 4. Titel, Abschn. 1.

2) Prot. 4542. 43, Rg. 16, 3; 28, 132.

3) R. G. 25, 256; Gierke, Genossenschaftstheorie p. 488,9. Cosack p. 561; Renaud p. 529; Jaeger p. 113 ff, Siquet p. 13 ff.

4) Vergl. zum Folgenden die eingehende Monographie von Jaeger, Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft.

konkurse des Näheren zu erörtern. Sehen wir da zunächst von den der Gesellschaft nur zum Gebrauch überlassenen Gegenständen ab, an welchen ihm natürlich ein Aussonderungsrecht zusteht[1]), so ergiebt es sich aus der rechtlichen Natur der dort gebuchten Forderungen und Schulden, dass das Separatkonto des Gesellschafters, sofern es mit einem Passivsaldo abschliesst, ganz, und sofern es einen Aktivsaldo aufweist, in demselben Verhältnis wie die Forderungen fremder Gläubiger erledigt werden muss. Aus einzelnen aussergesellschaftlichen Rechtsgeschäften, aus der Geschäftsführung und aus Verletzungen der Diligenzpflicht ist der Gesellschafter gegen die Gesellschaft ebenso berechtigt und verpflichtet, wie ein Dritter — er muss daher was er schuldig ist, voll zur Masse einzahlen und hat für seine Forderung den gleichen Anspruch auf Befriedigung wie jeder Andere[2]). Anders steht es mit dem Kapitalkonto. Ist der Sozius freilich noch mit der Einlage im Rückstande und daher hier entsprechend belastet, so begründet auch dies eine Forderung der Gesellschaft, welche zur Konkursmasse gehört[3]). Wie aber ist es, abgesehen hiervon, mit dem Schlusssaldo zu halten? An sich ist derselbe mit der Auflösung der Sozietät fällig geworden Für den Konkurs der Gesellschaft könnte er aber gleichwohl nur dann in Betracht kommen, wenn er als Aktivsaldo eine Schuld, als Passivsaldo eine Forderung derselben repräsentieren würde. Und das wird man doch verneinen müssen. Wir stellten fest, dass von „Gesellschaft" gegenüber dem Gesellschafter nur dann die Rede sein kann, wenn das Interesse der Gesamtheit, wenn eine Leistung in Frage kommt, welche die übrigen Gesellschafter von ihm zur Gesellschaftskasse zu

[1]) v. Hahn § 19 zu Art. 122; Lehmann, Note 4 zu § 144.

[2]) v. Hahn § 20 a. a. O. Staub A. 12 zu § 131; Jaeger p. 96, 108; teilweise abweichend Cosack p 567 2b, Gierke, Genossenschaftstheorie p. 532a und Lehmann, Note 4 zu § 144.

[3]) Behrend p. 590 A. 13; Cosack p. 567; Staub a. a. O; Lehmann, Note 2 zu § 144.

verlangen oder aus derselben ihm zu erfüllen haben. Bei dem Schlusssaldo aber handelt es sich garnicht um eine Leistung, an der die sämtlichen Mitgesellschafter oder die gemeinsame Kasse als Gläubiger oder Schuldner interessiert wären. Verläuft nämlich an sich infolge der gleichmässigen Zu- und Abschreibungen von Gewinn und Verlust die Vergrösserung und Verringerung der verschiedenen Kapitalanteile ganz parallel, so treten doch Ungleichmässigkeiten hervor, sobald der Einzelne abweichend von den andern etwa sein Recht auf jährliche Entnahme von 4 % ausübt. Dieses Recht steht ihm zwar, wie wir gesehen haben, durante societate ohne Rücksicht auf Gewinn und Verlust als absolutes Recht zu. Das entbindet ihn aber nicht von der Verpflichtung, seine Einlage, welche dadurch ja vermindert wird, mindestens am Ende der Societät wieder auf die ursprünglich vereinbarte Höhe zu bringen. Jener Verpflichtung entspricht ein Anspruch der Übrigen auf Ausgleichung der durch die Abhebungen verursachten Störungen der Balance. Und dieser Anspruch wieder ist bei den Verschiedenen von verschiedener Höhe, je nachdem sie derartige Abhebungen entweder ganz unterlassen oder doch in geringerer Höhe vorgenommen haben; er fällt ganz fort bei denen, welche ebenso viel entnommen haben wie jener Einzelne. Begründet aber hiernach der Aktiv- resp. Passivsaldo lediglich persönliche Verbindlichkeiten resp. Ansprüche einzelner Mitgesellschafter, so ist damit die Negation seines Charakters als Gesellschaftsschuld oder -forderung gegeben und hieraus folgt wieder, dass weder jener noch dieser der Geltendmachung im Konkurse der Gesellschaft fähig ist[1]). Wenn aber auch nicht der Aktiv-

1) Für den Aktivsaldo ergiebt sich dies schon daraus, dass er andernfalls einen Anspruch auf Auszahlung von Gesellschaftsvermögen darstellen würde, welcher dem Konkurszwecke direkt zuwiderliefe. Hinsichtlich seiner herrscht daher auch kein Streit. Hinsichtlich des Passivsaldo übereinstimmend v. Hahn § 18 a. a. O, Behrend a. a. O., Lehmann, Note 2 zu § 144. Abweichend Cosack p. 567; Staub a. a. O.

saldo des Kapitalanteils, so begründen doch die an letzteren angeschlossenen Einzelrechte — auf Entnahme von 4 % und auf Zins bezw. Gewinn aus dem letztverflossenen Jahre — wahre Forderungen des Gesellschafters gegen die Gesellschaft. Kann der Einzelne also die 4 % für das laufende und Zins und Gewinn für das letzte Jahr aus der Konkursmasse beanspruchen? Die Frage dürfte zu verneinen sein[1]), denn jene Berechtigungen gründen sich nicht auf einen obligationen-rechtlichen Schuldtitel, sondern auf das gemeinschaftliche Eigentum der Gesellschafter an dem Gesellschaftsvermögen. Sie sind reine Nutzungsrechte aus diesem Eigentum und müssen daher, wenn sie auch für das interne Verhältnis als Forderungen des Einzelnen gegen die Gesellschaft anzusehen sind, im Falle des Konkurses vor den Ansprüchen Dritter auf das Gesellschaftsvermögen cessieren.

II. Von dem Auflösungsverfahren im Wege des Konkurses ist die Liquidation[2]), welche in den übrigen Auflösungsfällen der oHg. eintritt, grundsätzlich verschieden. Das folgt aus der Verschiedenheit des Zweckes, welcher dort vorzugsweise in der Wahrung der Interessen Dritter, hier aber in der Auseinandersetzung zwischen den Sozien besteht, deren Gesellschaftsverhältnis aus irgend einem gesetzlichen oder vertraglichen Grunde ein Ende genommen hat. Entsprechend dieser rechtlichen Natur der Liquidation stellen die Vorschriften über dieselbe auch nur dispositives Recht dar, das zwar in Geltung tritt, wenn die Beteiligten nichts anderes bestimmen, aber durch beliebige anderweite Vereinbarung ersetzt werden kann. § 145 Abs. 1. Als Hauptfall einer solchen anderweiten Vereinbarung sei hier erwähnt, dass das Geschäft mit Aktiven und Passiven von

---

[1]) Übereinstimmend v. Hahn § 21 a. a. O. Staub a. a. O. Behrend a. a. O. Cosack a. a. O. Jaeger p. 91.

[2]) Vergl. zum Folgenden Siquet. Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft.

einem der Gesellschafter übernommen wird, welcher dann die Übrigen abzufinden hat. Hier erscheint der Übernehmer als der unmittelbare Rechtsnachfolger der Gesamtheit, welche bis dahin Eigentümerin des Geschäfts war, er übernimmt daher ihre Forderungen und Verbindlichkeiten wie den externen Gläubigern, so auch seinen bisherigen Sozien gegenüber, und es vollzieht sich die Abfindung dieser letzteren folgerichtig nach denselben Grundsätzen wie die des Einzelnen, welcher aus der im Übrigen fortbestehenden Gesellschaft ausscheidet[1]). Was nun die Besonderheit der Liquidation angeht, so besteht sie darin, dass hier die Gemeinschaft zwischen den Gesellschaftern noch so lange fortgesetzt wird, bis nach Kräften der vorhandenen Gesellschaftsaktiva die Passiva gedeckt sind, und der etwa noch verbleibende Überschuss an die Gesellschafter verteilt ist. Es sind daher in der gesetzlichen Reihenfolge „die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen" und es ist erst „das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft nach dem Verhältnisse der Kapitalanteile, wie sie sich auf Grund der Schlussbilanz ergeben, unter die Gesellschafter zu verteilen". §§ 149, 153 Abs. 1. Aus dieser Reihenfolge der Liquidationsgeschäfte ergiebt sich, dass für die Berücksichtigung des Gesellschafters als Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft die Aufstellung der Schlussbilanz gewissermassen einen Wendepunkt bildet. Denn da vor derselben die Beziehungen zu Dritten nach Möglichkeit gelöst sein müssen, so muss bis dahin auch der Gesellschafter erhalten haben, was ihm zukommt[2]), und geleistet haben, was ihm obliegt, soweit er als Gläubiger oder Schuldner wie ein Dritter der Gesellschaft gegenübersteht — m. a. W. es muss bei

[1]) Hierüber Staub A. 8 zu § 145.

[2]) v. Hahn § 7 zu Art. 137; Cosack, B. G.-B. p. 382. Die Beschränkung, mit welcher R.-G. 29, 16 ihm die entsprechende Klage geben will, dürfte ungerechtfertigt sein. Cosack p. 561.

Aufstellung der Schlussbilanz bereits das Separatkonto des Gesellschafters erledigt sein. Aber auch der in der letzten Jahresbilanz festgestellte Zins- resp. Gewinnanspruch muss vorher berücksichtigt werden[1]). Wenn er auch auf dem Kapitalkonto gebucht ist so ist er doch immer noch nicht dem Kapitalanteil zugewachsen und daher als reine Geldforderung zu behandeln. Dasselbe gilt von dem Rechte auf Entnahme von 4 % des Kapitalanteils für das laufende Jahr, nur ist seine Geltendmachung nicht an die Voraussetzung geknüpft, dass „es nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht[2])". Als Schuld ist andererseits vor Aufstellung der Schlussbilanz die Einlage einzuziehen, soweit sie rückständig ist[3]). Denn ihre Fälligkeit datiert gemäss § 271 Abs. 1 B. G.-B. vom Abschluss des Sozietätsvertrages an und kann von der Gesellschaft jederzeit geltend gemacht werden[4]).

Sind nach Massgabe dieser Grundsätze die Forderungen eingezogen und soll nun mit Hilfe ihrer und des zu Gelde gemachten sonstigen Vermögens der Gesellschaft[5]) die Befriedigung der Gläubiger erfolgen, so kann es sich einmal herausstellen, dass die Passiva die Aktiva übersteigen, und daher ein Teil der Gläubiger leer ausgeht. In diesem Falle ist es Sache der letzteren, den Konkurs der Gesellschaft herbeizuführen oder ihre Befriedigung bei den einzelnen Gesellschaftern zu suchen — die Liquidatoren haben das Ihrige gethan, wenn sie die Verbindlichkeiten der

---

[1]) Staub A. 13 zu § 149; v. Hahn a. a. O.; Cosack, B. G.-B. a. a. O.

[2]) v. Hahn a. a. O. Abweichend Siquet p. 65.

[3]) v. Hahn a. a. O. Staub A. 6 a. a. O.; Behrend p. 577 A. 21; Lehmann, Note 3 zu § 149. Renaud p. 530. R.-O.-H.-G. 25, 158 ff. R.-G. 4, 67.

[4]) Vergl. Siquet p. 35: „Die Forderung auf das Einlagekapital gehört zum Vermögen der Gesellschaft bereits vor der Auflösung", u. oben Anm. 5 auf Seite 48.

[5]) Dass die der Gesellschaft nur zur Benutzung überlassenen Gegenstände nicht verkauft werden dürfen, sondern dem Eigentümer herausgegeben werden müssen, versteht sich von selbst. Über das Wann? vergl. Staub A. 11 zu § 155.

Gesellschaft nur soweit gedeckt haben, als es die vorhandenen Aktiva gestatteten[1]). Insbesondere sind sie nicht befugt, etwaige Passivsaldi einzelner Gesellschafter zu diesem Zwecke einzufordern[2]). Dieselben bilden ja, wie wir sahen, gar keine Gesellschaftsaktiva, es kann daher auch den Liquidatoren kein Recht darauf zustehen. Eine zweite Möglichkeit ist die, dass die Schlussbilanz mit Aktiven und Passiven genau balanciert, dass aber von den Kapitalkonten der Sozien einige einen Aktiv-, andere einen Passivsaldo aufweisen. Auch hier ist für eine weitere Thätigkeit der Liquidatoren kein Raum mehr, da die Ausgleichung der Kapitalkonten ja Privatsache der Interessenten ist[3]). Sind aber auch die Passivsaldi in keinem Falle Forderungen der in Liquidation befindlichen Gesellschaft, so sind doch unter Umständen die Aktivsaldi Schulden der

[1]) Die Gläubiger haben kein rechtlich geschütztes Interesse an der Einleitung oder Durchführung der Liquidation. Behrend p. 566 A. 15; v. Hahn § 2 zu Art. 133.

[2]) Übereinstimmend Staub A. 9 zu § 149; Cosack p. 566. Behrend p. 577. A. 21. v. Hahn § 7 zu Art. 137. Makower A. 14 zu Art. 141. Renaud p. 529. Die Denkschrift weist p. 140 mit Recht auf den inneren Zusammenhang dieser Frage mit der nach der Geltendmachung des Passivsaldos durch den Konkursverwalter hin. Es ist hiernach inkonsequent, wenn Staub hier konsentiert und zu A. 128 dissentiert.

Wenn im Übrigen Cosack a. a. O. meint, dass der Passivsaldo an sich eine Forderung der Gesellschaft sei, und dies mit dem Hinweise auf die fortgesetzte Gesellschaft zu begründen sucht, so kann dem nicht beigetreten werden. Vielmehr begründet, wie bereits oben bemerkt, der Saldo der Regel nach nur Ausgleichsansprüche einzelner Sozien gegeneinander, und es ist als Ausnahme zu betrachten, welche in der Abnormität jenes Falles überhaupt ihre Erklärung findet, wenn er beim Ausscheiden eines Gesellschafters als Schuld oder Forderung der fortgesetzten Gesellschaft erscheint.

Völlig unverständlich ist die Bemerkung Gierke's, Genossenschaftstheorieen p. 548 A. 1, wonach der Passivsaldo zwar einen „Deckungsanspruch der Gesellschaft" begründen, gleichwohl aber im Konkurse für die Gesellschaftsgläubiger der praktischen Bedeutung entbehren soll.

[3]) Staub A. 13. 14 zu § 155; Cosack p. 565.

letzteren und zwar dann, wenn nach Berichtigung der übrigen Gesellschaftsschulden noch Barvermögen zur Verteilung an die Sozien übrig bleibt. Das ergiebt sich aus dem Zwecke, welcher für die liquidierende Sozietät ein anderer geworden ist als während ihres Bestehens, wie er ja auch in jener Zeit durch Vereinbarung der Sozien geändert werden konnte. Dieser Liquidationszweck besteht, da die Gesellschaft eben ihr Dasein beschliessen will, in der Ausantwortung ihres Vermögens an die Berechtigten. Das sind nun in letzter Linie die Gesellschafter selbst, sofern überhaupt noch etwas Vermögen da ist, auf welches sie berechtigt sein könnten. Und darum ist in diesem Falle der Aktivsaldo des Einzelnen eine Forderung, deren Zahlung er von der Gesellschaft, vertreten durch die Liquidatoren, oder was dasselbe besagt, aus der Gesellschaftskasse verlangen kann[1]). Zu bemerken ist dazu noch, dass, wenn anders die Voraussetzungen dazu vorliegen, in diesen Aktivsaldo auch der Anteil an dem seit der letzten Jahresbilanz erzielten Gewinn mit einzurechnen ist[2]), auf welchen der Gesellschafter berechtigt ist, gleichviel ob seine Feststellung erst nach Jahresfrist oder infolge eingetretener Liquidation schon früher erfolgt. Da aber das Recht auf Gewinn allen Gesellschaftern gleichmässig zusteht, so folgt daraus, dass es auch von denen geltend gemacht werden kann, deren Kapitalanteil im übrigen einen Passivsaldo aufweist. Es sind daher aus dem im Wege der Schlussbilanz festgestellten Baarvermögen zunächst diese Gewinnansprüche sämtlicher Gesellschafter gleichmässig zu befriedigen, und erst dann kann die Aufteilung des Restes nach Verhältnis der Kapitalanteile erfolgen.

---

[1]) Staub A. 8 a. a. O.; v. Hahn § 1 zu Art 141.

[2]) Staub A. 3 zu § 154. Siquet p. 71; Renaud, p. 531. 577.